

G II 183⁹

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

9

ALBERTO ROMANO

**LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA
DERIVANTI DA ATTI AMMINISTRATIVI**



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1960

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Cenni sull'esistenza di un gruppo di atti amministrativi caratterizzati dalla loro incidenza sull'attività negoziale privata. La frequenza di casi del genere si ricollega prevalentemente, se non esclusivamente, all'intervento dello Stato nell'economia; richiami della legislazione di guerra, e delle tendenze dirigistiche dell'economia dello Stato moderno. L'interesse che può presentare per il privatista l'analisi del tema, ai fini di un completamento della teoria dei limiti dell'autonomia privata, compiuto anche con la considerazione di quelli, tra tali limiti, che derivano da atti amministrativi. - 2. I profili sotto i quali il tema acquista interesse per il pubblicista. I problemi di carattere costituzionale, specie in ordine agli artt. 23 e 41 ss. della Costituzione; rinvio. L'importanza della individuazione dei caratteri degli atti amministrativi che incidono sui negozi privati, ai fini di una precisazione di tipi di atti amministrativi non inquadrabili nelle usuali classificazioni di questi; cenni sulla scarsa rispondenza delle relative categorie tradizionali all'odierna realtà: necessità di una loro revisione, sulla base di una completa individuazione dei poteri che attualmente sono attribuiti all'Amministrazione; la funzione del presente lavoro, in relazione alla precisazione di un tipo di atto da utilizzarsi a questo scopo. I problemi della tutela giurisdizionale del privato, nei confronti degli atti di tale tipo. - 3. Considerazioni sulla varietà di forme di interferenza tra atti amministrativi e attività negoziale privata. Individuazione di un gruppo di atti, i quali limitano l'autonomia privata, per quel che riguarda la determinazione del contenuto negoziale; precisazione corrispondente dell'oggetto del presente lavoro. Cenni sul valore che è qui attribuito all'espressione: contenuto negoziale. - 4. Schema del presente lavoro.

1. Analizzando, anche superficialmente, la straordinaria multiformità di interferenze di atti di pubbliche autorità su attività private, è possibile individuare un gruppo di casi, i quali sono classificabili unitariamente, in base al particolare oggetto cui si riferiscono: i casi, cioè, in cui atti amministrativi incidono sull'attività negoziale privata.

L'ipotesi può anche ricollegarsi al più generale fenomeno dell'ingerenza pubblica nell'economia, ma questa correlazione non è esclusiva, giacchè la limitazione dell'autonomia privata mediante atti amministrativi può essere disposta anche per il raggiungimento di finalità non economiche.

Comunque sia, casi inquadabili nell'ipotesi indicata si possono rinvenire numerosissimi nella pesante e complessa legislazione di guerra, volta a dirigere la produzione e a controllare e graduare i consumi.

Si tratta di una legislazione che in massima parte non è più in vigore; sarebbe però inesatto inferire da ciò, che le interferenze pubbliche sull'attività negoziale privata siano proprie di particolari periodi, si presentino in correlazione a contingenti esigenze, e che per tali motivi esse non abbiano una notevole rilevanza anche da un punto di vista più generale.

Infatti, come tutti sanno, molti dei problemi politici oggi più vivacemente dibattuti, possono essere ricollegati all'esigenza (affermata o contestata) di un (maggiore) intervento pubblico nell'economia; non vi è dubbio che, ove prevalessero le tendenze interventistiche, tale intervento sarebbe attuato, anzitutto, attraverso una massiccia assunzione da parte dello Stato o di altri enti pubblici, eventualmente anche per mezzo del c.d. azionariato in mano pubblica, dell'esercizio di particolari attività economiche di importanza preminente; ma d'altra parte, però, è facile la previsione che questa maggiore ingerenza statale si manifesterebbe anche con la predisposizione di un « controllo » (1) pubblico di attività econo-

(1) L'espressione « controllo » è qui usata non in senso tecnico, ma con l'ampissimo significato che, peraltro, oggi è entrato nell'uso corrente; pei vari sensi nei quali tale espressione è impiegata, v., tra la letteratura più recente: SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano 1957, *passim*; l'interessantissima e assai nota recensione a tale libro fatta da GIANNINI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pag. 373 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa pri-*

miche il cui svolgimento sarebbe lasciato fundamentalmente all'iniziativa privata, controllo che, secondo le varie gradazioni e sfumature che potrebbe assumere, dovrebbe essere volta a volta qualificato come direzione, pianificazione o simili dell'attività privata (2); è presumibile che in tal caso, soprattutto nei limiti nei quali l'oggetto immediato del controllo pubblico sia il commercio privato, una delle forme con le quali l'intervento statale si presenterà con maggiore frequenza, sarà, appunto, la sottoposizione dell'attività negoziale privata all'incidenza di atti amministrativi, sia pure in modo e misure variamente precisabili e graduabili.

Questo possibile, futuro più largo ricorso del legislatore ad un particolare strumento tecnico-giuridico, pare che costituisca di per sé un buon motivo di opportunità di un'indagine sul tema, la quale possa porre in evidenza i caratteri specifici dello strumento stesso, chiarendo anche le inevitabili implicazioni che discendono da una sua frequente applicazione.

Peraltro, per giustificare uno studio sulle interferenze di atti amministrativi sull'attività negoziale privata, non è necessario rintracciare motivi variamente collegati con considerazioni di ordine storico, o di politica legislativa: infatti, anche prescindendo da richiami di normative non più in vigore, o di previsioni di tendenze di eventuale manifestazione, è possibile individuare nella legislazione attualmente vigente non pochi esempi del fenomeno indicato, alcuni dei quali particolarmente rimarchevoli per la loro importanza.

Invero, non pare che l'argomento sia stato adeguatamente elaborato; non che manchino del tutto delle analisi

vata nel diritto pubblico, Napoli 1959, pagg. 288, 289, con ricche citazioni; cfr. anche la voce: *Controllo*, di CASULLI, nel *Nuovissimo Digesto italiano*.

(2) Per il diverso significato di questi vari termini, v.: SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa privata*, cit., pag. 268 ss., con accuratissime precisazioni, e ampie citazioni bibliografiche.

al riguardo: oltre ai contributi arrecati dalle decisioni giurisprudenziali di controversie sorte nella materia, alcune delle quali assai note, sono da registrare anche alcuni lavori dottrinali; questi, peraltro, si presentano, di regola, in forma di nota a sentenza, e per questa ragione, nella maggior parte dei casi non sembrano sfuggire a quei limiti della propria portata, che si riscontrano anche nei contributi giurisprudenziali; i limiti, cioè, che sono determinati da una considerazione pressochè esclusiva degli aspetti salienti della singola ipotesi considerata; per tali motivi, non si può dire che si possa attualmente disporre di una valutazione complessiva, e quindi per certi versi unitaria, delle interferenze tra attività amministrativa e attività negoziale privata.

Pure, i risultati di ordine, per così dire, dogmatico-giuridico, che sarebbe possibile conseguire sulla base di una analisi di simile ampiezza, potrebbero essere assai rilevanti, e interessare tanto il privatista che il pubblicista.

Il privatista, giacchè le interferenze di atti amministrativi su negozi privati, si traducono, in ultima analisi, e sia pure secondo vari schemi, in altrettanti limiti che l'ordinamento statale appone all'autonomia privata; d'altra parte, la grande elaborazione che ha avuto nella dottrina privatistica la problematica relativa a tali limiti, non pare sfuggire ad una certa ristrettezza dell'angolo visuale adottato: infatti, si tiene conto in modo pressochè esclusivo delle sole limitazioni dell'autonomia negoziale, che derivano dalla legge; ora, pare che questa teoria potrebbe essere utilmente completata, e, forse, per qualche aspetto anche modificata, ove si considerasse che la sfera di autonomia negoziale che l'ordinamento statale riconosce al privato può essere delimitata da atti che hanno forma non solo legislativa, ma anche amministrativa.

Una correzione delle comuni impostazioni sul proble

ma dei limiti dell'autonomia privata si impone conseguentemente, anzitutto almeno nella misura nella quale si attribuiscono agli atti amministrativi dei caratteri diversi da quelli degli atti legislativi.

Ma non pare che lo spostamento di prospettiva derivante dall'accennato ampliamento dell'angolo visuale si fermi qui, giacchè esso potrebbe verificarsi anche in relazione ad aspetti della limitazione dell'autonomia privata i quali non variano di per sè, in dipendenza del carattere legislativo o amministrativo dell'atto statutale da cui derivano: si considerino, per esempio, le conseguenze della difformità del negozio, da una disposizione imperativa; come tutti sanno, secondo la comune impostazione basata sulla valutazione dei limiti da atto legislativo, tali conseguenze comportano, di regola, la invalidità (nullità) del negozio, salva l'ipotesi nella quale la disposizione imperativa addirittura si sostituisca alla difforme pattuizione privata; ora, come si vedrà in seguito, nel gruppo di casi che saranno qui particolarmente analizzati, la difformità del negozio da disposizione imperativa contenuta in un atto amministrativo comporta conseguenze esattamente identiche; senonchè, l'ipotesi della sostituzione di disposizione cogente alla difforme clausola contrattuale acquisita nel nostro caso delle proporzioni di ben altra portata, rispetto a quelle proprie dell'ipotesi stessa, quando la disposizione imperativa è contenuta in un atto legislativo, tanto da spostare considerevolmente l'intera rilevanza del fenomeno della predisposizione di un contenuto negoziale che si inserisce nella pattuizione delle parti; e ciò costituisce un dato di cui il giurista deve tener conto, nella costruzione dei caratteri generali della nozione di negozio privato, dato che, come si dirà, è un tutt'altro che trascurabile argomento a favore di tendenze recentemente accentuatesi in dottrina, orientate verso una definizione del concetto di negozio, che non sia

essenzialmente legata alla diretta rilevanza della volontà della parte nella determinazione del contenuto negoziale.

2. Ma anche se si valuta l'argomento delle incidenze di atti amministrativi su negozi privati dal punto di vista del pubblicista, i motivi di interesse che esso presenta sono assai notevoli, e, anzi, maggiori.

Si potrebbe cominciare col notare, anzitutto, che l'imposizione dei limiti all'autonomia negoziale privata mediante atti amministrativi fa sorgere dei cospicui problemi di costituzionalità; problemi, che per quel che attengono al necessario fondamento legislativo dell'attribuzione di poteri del genere all'Amministrazione, sono probabilmente inquadrabili in quella delicata e complessa tematica, che generalmente è dibattuta in dottrina sotto il profilo dell'interpretazione dell'art. 23 della Costituzione.

Non solo, ma accanto ad essi si possono richiamare anche le questioni relative alla misura nella quale lo Stato può limitare l'iniziativa economica e incidere sulla proprietà privata: anche qui, si tratta di una materia estremamente discussa, sempre sotto il profilo dell'esegesi di alcune fondamentali disposizioni costituzionali (artt. 41 ss.).

Peraltro, non è questo l'ordine dei problemi che si vuole specificamente affrontare nel presente lavoro; le ragioni di questa esclusione non vanno ricercate nella supposizione che tali problemi interesserebbero di più il costituzionalista che l'amministrativista, giacchè, al contrario, la tematica indicata potrebbe essere rivendicata con pari legittimità dall'uno come dall'altro; e, anzi, questa sua duplice rilevanza costituisce uno dei più forti indici di una evoluzione sempre più marcata, verso un'attenuazione, se non proprio una cancellazione, almeno sotto qualche aspetto, di

limiti precisi che servano a distinguere il diritto amministrativo dal diritto costituzionale.

Piuttosto, le ragioni per le quali si preferisce non approfondire in questa sede i problemi di costituzionalità degli atti amministrativi che interferiscono sull'attività negoziale privata, sono da ricercarsi negli scarsamenti marcati caratteri specifici, con i quali essi si presentano, rispetto agli analoghi problemi di costituzionalità, che concernono, in genere, gli atti amministrativi che incidono sull'attività privata, anche di mero fatto; questi motivi consigliano, quindi, il rinvio della trattazione di tali problemi, in sede di elaborazione unitaria dei limiti di ordine costituzionale, propri dell'attività amministrativa che viene comunque ad interferire con la sfera privata, negoziale e non: si tratta di un tema che è di grande attualità, anche in relazione ad alcune recenti, notissime controversie, e al quale la dottrina, specie costituzionalistica, sta dedicando molta attenzione, senza che, peraltro, si siano raggiunti al riguardo dei risultati che possano essere considerati definitivi.

Ma anche prescindendo da tale problematica, molti sono i profili sotto i quali l'interferenza di atti amministrativi sull'attività negoziale privata può interessare il pubblicista in generale e l'amministrativista in particolare; converrà metterne in evidenza alcuni, in relazione ai quali si vuole prevalentemente condurre il presente lavoro.

Anzitutto, si può osservare che l'individuazione dei casi, nei quali atti amministrativi limitano in qualche modo l'autonomia negoziale privata, comporta l'acquisizione di limitazioni del genere, nel quadro dei mezzi giuridici che il legislatore attribuisce all'Amministrazione, per il perseguimento dei suoi fini; questo ampliamento del complesso dei poteri amministrativi pare assai significativo, specie in or-

dine ad una revisione dei comuni inquadramenti dogmatici della materia dei mezzi dell'azione amministrativa (3).

Le più dirette e importanti ripercussioni si hanno per quel che riguarda la teoria degli atti amministrativi e, in speciale modo, la relativa tipologia; gioverà svolgere qualche sommaria considerazione al riguardo.

Chi consideri la usuale dogmatica, relativa alla classificazione degli atti amministrativi, non può non ricevere una impressione di una sua scarsa aderenza alla attuale realtà concreta; probabilmente, ciò dipende dal carattere delle stesse direttrici principali, lungo le quali si è sviluppata la tortuosa, per quanto imponente, elaborazione dottrinale della materia.

Le famose e così tormentate distinzioni tra ammissioni, approvazioni, autorizzazioni, concessioni, etc. (4), sono il frutto di una elaborazione che segue a breve distanza la prima fase di studio del diritto amministrativo: quella fase, cioè, nella quale la dottrina ha preso coscienza di una specifica realtà giuridica, costituita dall'attribuzione a quel peculiare complesso di soggetti e di organi che si comprende con la denominazione di pubblica Amministrazione, di una serie di poteri, con caratteri del tutto particolari, giacchè particolare è la specie di atti giuridici, in cui il loro esercizio si traduce, per il loro contenuto, per i loro effetti, per il loro regime di validità e di efficacia (5).

(3) Cfr. le considerazioni già svolte al riguardo da TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 314 ss.

(4) Per queste classificazioni, v. per tutti: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, 8^a ed., Milano 1958, pag. 259 ss.; per nuove impostazioni, riguardo alla classificazione degli atti amministrativi, cfr. però la voce: *Atto amministrativo*, di GIANNINI, nell'*Enciclopedia del diritto*.

(5) Sulla genesi del diritto amministrativo e, in particolare, sulla influenza che vi ebbero gli schemi elaborati dal diritto privato, v., da ultimo,

È sulla materia posta in tal modo in evidenza dall'opera di un Otto Mayer o di un Orlando, tanto per fare i nomi più noti e di maggiore importanza, che si è sviluppata l'elaborazione prima accennata, volta a precisare i caratteri dell'atto amministrativo, e a delinearne le prime classificazioni; e accanto alle trattazioni sull'atto amministrativo in generale (6), fiorirono le monografie dedicate all'individuazione dei caratteri salienti delle sue singole specie: si pensi, per esempio, alle analisi di Ranelletti, per quel che riguarda le autorizzazioni e le concessioni amministrative (7), e del De Francesco per quel che riguarda le ammissioni (8).

Non vi è dubbio che la successiva elaborazione dottrinale abbia molto raffinato le nozioni del genere (9); peraltro, volendo valutare complessivamente le principali linee lungo le quali l'evoluzione dottrinale si è sviluppata, si potrebbe osservare che essa, da un lato, ha approfondito una tipologia di atti fondamentalmente già nota, precisando e correggendo, eventualmente, per qualche aspetto, tradizionali criteri di distinzione, specie nella misura nella quale essi si erano mostrati insostenibili al vaglio di una più matura critica; s'intende, che parallelamente l'attenzione degli

l'interessante lavoro di RETORTILLO, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pag. 697 ss.

(6) Cfr. soprattutto: KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910; CAMMEO, *La manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, nel vol. III del *Trattato di diritto amministrativo diretto da Orlando*.

(7) *Teoria generale delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, le cui prime due parti furono edite a Torino nel 1894 e la terza nel 1897.

(8) *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano 1926.

(9) Cfr. soprattutto le indagini di BODDA sulla dispensa (*La dispensa amministrativa*, Torino 1943); di GALATERIA sulle concessioni (*Il negozio di concessione amministrativa*, Milano 1942) e sugli ordini (*Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano 1950); del VIGNOCCHI sulle autorizzazioni (*La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative*, Padova 1944).

studiosi era attratta anche da nuove ipotesi di atti amministrativi, che si potevano individuare sulla base dei poteri che via via il legislatore attribuiva all'Amministrazione (10); ma questo lavoro di individuazione di nuove specie di atti, sembra avere toccato assai debolmente la tradizionale inquadatura dogmatica cui sopra si è accennato (11).

Le conseguenze di tutto questo possono essere sinteticamente esposte: anche se si dovesse ritenere che tale inquadatura abbia costituito lo specchio fedele dei poteri che erano attribuiti all'Amministrazione in un ben determinato momento storico, collocabile tra lo scorcio del secolo scorso, e l'inizio di questo, adesso non è possibile sapere quanto essa sia valida, rispetto alla situazione attuale; più precisamente, non è possibile sapere in che limiti essa sia in grado di comprendere tutta la estrema molteplicità e multiformità dei poteri, di cui oggi la pubblica Amministrazione si trova investita.

Per compiere una verifica del genere, la cui utilità è evidente, è necessario che la dottrina effettui un lavoro, og-

(10) Come esempio tipico di analisi di uno specifico gruppo di poteri attribuiti dal legislatore all'Amministrazione, con conseguente tentativo di inquadrare l'ipotesi in tal modo individuata, in una categoria di atti amministrativi già nota, magari apportandovi qualche adattamento, oppure di delinearla come tipo autonomo di atto, cfr. lo studio di FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'Amministrazione e i privati*, Milano 1957.

(11) Si ritiene superfluo dare un quadro completo della bibliografia sulle varie classificazioni di atti amministrativi che sono state tracciate dalla dottrina, non solo perchè essa è facilmente reperibile nelle più diffuse trattazioni generali, ma anche perchè si trova tutta esposta nelle corrispondenti voci dell'*Enciclopedia del diritto*, e del *Nuovissimo Digesto italiano*, in corso di pubblicazione; cfr. le voci: *Ammissione* (di STOPPANI nell'*Enciclopedia* e di RESTA nel *Digesto*); *Approvazione* (di CASSARINO nell'*Enciclopedia*, e di DEL PRETE nel *Digesto*); *Autorizzazione* (di GASPARRI nell'*Enciclopedia*, e di FORTI-JACCARINO nel *Digesto*); *Concessione* (di VITTA nel *Digesto*; nell'*Enciclopedia* la voce non è ancora uscita).

gi pare non ulteriormente dilazionabile, il quale, anzitutto, sia di individuazione e di analisi di tali poteri; a quali risultati possa portare una simile indagine, non è possibile prevedere aprioristicamente: ciò nonostante, è fin troppo facile presumere che le correzioni della dogmatica tradizionale saranno piuttosto cospicue, come del resto è provato dal gran numero di atti amministrativi, che sono già noti in dottrina, e che ciò nondimeno non si possono ricomprendere, almeno senza evidenti sforzature, nelle usuali classificazioni.

Non c'è dubbio che il presente lavoro possa essere aiutato anche sotto questo profilo: esso, infatti, tenta di precisare i caratteri di un tipo di atto amministrativo, il quale interferisce con l'attività negoziale privata; tipo, il quale sicuramente non è ricomprensibile in nessuna delle categorie nelle quali i vari atti amministrativi sono tradizionalmente classificati.

Naturalmente, per questa ragione esula dai limiti del presente lavoro ogni tentativo volto a collegare il tipo di atto considerato a più vaste classificazioni: da un lato, infatti, sarebbe inutile tentare una classificazione nei confronti di nozioni la cui validità, come si è detto, è per lo meno da verificare; dall'altro lato, poi, non è evidentemente possibile delineare prospettive più vaste di quelle che discendono dalla individuazione di un solo tipo di atto amministrativo: sarà compito di chi disporrà, anzitutto, di un completo panorama dei vari poteri attribuiti all'Amministrazione, il disegno di una altrettanto completa classificazione; e il presente studio avrà prodotto già un risultato, se esso varrà a fornire la descrizione di un singolo tipo di atto, i cui caratteri non sono noti in dottrina, in funzione di tale più ampio inquadramento dogmatico.

Indipendentemente da tutte queste questioni relative alla tematica della tipologia degli atti amministrativi, l'ana-

lisi dei caratteri degli atti amministrativi che interferiscono sulla attività negoziale privata, presentano anche degli altri problemi, interessanti anche sotto vari profili di carattere generale: particolare menzione va fatta delle questioni che sorgono in relazione alla tutela giurisdizionale cui può ricorrere il singolo il cui interesse sia stato lesa da uno degli atti amministrativi del tipo in esame.

L'ipotesi presenta notevoli particolarità, giacchè gli atti amministrativi del genere manifestano una loro duplice rilevanza: da un lato, infatti, essi, in quanto apportano delle limitazioni autoritative alla sfera negoziale del privato, possono essere apprezzati come atti amministrativi lesivi dei suoi interessi, da inquadrarsi, perciò, negli usuali schemi relativi ai rapporti tra Amministrazione e privati; d'altro canto, però, tali atti vengono ad incidere, in ultima analisi, anche sui rapporti che intercorrono tra soggetti privati, che sono le parti del negozio: ciò comporta la valutabilità dei loro effetti anche sul piano di tali rapporti tra privati.

Conseguentemente a questa duplicità di profili, sotto i quali gli atti amministrativi che si esaminano presentano rilevanza sul piano sostanziale, non è possibile una impostazione unitaria dei problemi relativi alla tutela giurisdizionale del singolo nei loro confronti, ma questa può essere esaminata da due diversi angoli visuali, secondo che l'accento venga posto sull'uno o sull'altro dei profili delineati.

Ad ogni modo, queste questioni formeranno l'oggetto di un proseguimento della presente indagine che è in corso di svolgimento, e i cui risultati saranno esposti in un capitolo finale che completerà questo studio.

3. Il presente lavoro, comunque, non vuole comprendere l'intera materia delle interferenze di atti amministra-

tivi sull'attività negoziale privata, ma riguarda una sola ipotesi di essa, che vuole anzitutto definire.

Per la comprensione della portata di una limitazione del genere, è opportuno osservare che si può parlare solo genericamente di un tipo di atto amministrativo, che interferisce sull'attività negoziale del privato; e se questa delimitazione dell'oggetto su cui un gruppo di atti amministrativi incide, può servire a caratterizzare unitariamente la categoria, come si è visto sopra, ove si prosegua ulteriormente l'analisi, è facile individuare varie ipotesi inquadrabili in essa.

Ve n'è anzitutto una, molto nota, giacchè di essa la dottrina e la giurisprudenza si sono occupati con notevole frequenza, e con la precisa consapevolezza di trattare un caso da classificare nella categoria delle interferenze tra atto amministrativo e negozio privato, ed è proprio l'ipotesi che si distacca di meno da tradizionali nozioni sulla tipologia degli atti amministrativi: quella in cui l'atto amministrativo si pone come condizione di efficacia del negozio privato; sono ordinariamente ricondotti in tale ipotesi tutti i numerosi esempi nei quali un negozio posto in essere da privati deve essere sottoposto ad autorizzazione amministrativa.

Già in quest'ambito di idee, peraltro, pare possibile introdurre qualche distinzione, secondo che l'autorizzazione riguardi il negozio considerato unitariamente, o solo qualche suo singolo elemento, oppure, infine, il compimento dell'attività materiale che in esso è dedotta come prestazione (12); e anche lo stesso collegamento tra carattere auto-

(12) Su questa distinzione, cfr. le esatte considerazioni di STANCANELLI (*In tema di autorizzazioni amministrative necessarie in rapporto a contratti tra privati*, in *Foro amm.*, 1957, II, 139 ss.), in nota ad una sentenza della Cassazione, con cui è stata decisa una fattispecie nella quale l'autorizzazione amministrativa era necessaria per poter procedere al taglio di un bosco, operazione richiesta per l'adempimento dell'obbligazione contrattuale.



rizzativo dell'atto amministrativo, e condizionamento della efficacia del negozio privato, può non essere sempre individuabile, giacchè non si può escludere, almeno in qualche caso, che l'autorizzazione amministrativa incida sulla stessa validità del negozio.

Sarebbe assai interessante un approfondimento del tema, ma esso può essere qui tralasciato, perchè in ogni caso è chiara la linea di demarcazione tra l'ipotesi indicata, e un'altra, sulla quale pare opportuno richiamare l'attenzione: l'ipotesi, cioè, nella quale l'atto amministrativo incida direttamente sul contenuto negoziale da pattuirsi tra le parti, limitando la loro autonomia di determinazione sotto questo profilo.

Gioverà chiarire subito che cosa si intende, ai fini dello svolgimento del presente lavoro, con l'espressione: « contenuto » del negozio, sia pure con la sinteticità dovuta al fatto che per quel che qui interessa si può attribuire al termine un significato di comodo, senza approfondire eccessivamente la correlativa nozione; e la esigenza di un chiarimento sul punto deriva dalle incertezze che si sono avute, proprio in relazione ad elementi dell'atto amministrativo, circa la possibilità di una loro ricomprensione nel contenuto dell'atto (13); incertezze, che hanno portato un insigne amministrativista alla negazione del valore di tale nozione, almeno se colta nella contrapposizione con quella di forma (14);

(13) L'elemento dell'atto amministrativo, di cui si discute l'inquadramento, tra la forma o il contenuto dell'atto stesso, è la motivazione; alcuni autori, talora implicitamente, talora esplicitamente (cfr.: RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7^a ed., Milano 1945, pag. 98), sostengono che nel contenuto dell'atto amministrativo dovrebbe ricomprendersi il solo suo dispositivo; per l'esame della questione, con ampie citazioni bibliografiche, v.: LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano 1941, pag. 13 ss.

(14) GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, pagg. 294, 295 e 310 ss.

ora, se si intende per forma dell'atto, in conformità alla migliore dottrina (15), il modo con cui esso è obbiettivamente manifestato, il suo contenuto comprende, sostanzialmente, l'insieme degli elementi dell'atto sia soggettivi che oggettivi.

Per quel che riguarda il negozio privato, può individuarsi il suo contenuto in un « centro causale » comprensivo della predisposizione della funzione di scambio e degli atteggiamenti soggettivi e oggettivi di essa (16).

Perciò, sembra che possano farsi rientrare nell'ipotesi sopra prospettata tutta una serie di casi, taluni dei quali già notissimi in dottrina, senza che, peraltro, essi siano stati mai riavvicinati tra di loro in una valutazione unitaria; casi che, come si può accennare a puro titolo esemplificativo, vanno dal collocamento della mano d'opera (determinazione di uno degli elementi soggettivi del contratto di lavoro), alla fissazione d'imperio dei prezzi di alcune merci (determinazione di uno degli elementi oggettivi dei negozi relativi).

Non volendo in questa sede disegnare un quadro completo delle possibili forme di interferenza di atti amministrativi su negozi privati, non si vuole affatto pretendere che l'intero ambito relativo debba ritenersi esaurito con l'individuazione delle due ipotesi sopra prospettate; ad ogni modo, pare di grande interesse analizzare la seconda di esse, non solo perchè ben poco nota in dottrina, ma anche perchè la

(15) In questo senso: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, 2^a ed., Padova 1953, pag. 139; cfr. anche: LUCIFREDI, *L'atto amministrativo*, cit., pag. 16; in diritto privato, v. nello stesso senso: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino 1952, pagg. 125, 126; cfr. anche: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.a., pag. 439.

(16) Cfr.: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino 1952, pag. 409 ss.

precisazione dei suoi caratteri permette, come si vedrà, una perfetta messa a fuoco di tutta quella problematica cui si è accennato nel paragrafo precedente; sotto questo profilo, si può ben dire che essa ha un valore paradigmatico dell'intera categoria degli atti amministrativi che incidono sull'attività negoziale privata.

Per queste ragioni, il presente lavoro sarà dedicato all'analisi degli atti amministrativi che limitano l'autonomia privata nella determinazione degli elementi del negozio.

Si avverte, peraltro, che i casi mediante i quali si vuole esemplificare l'ipotesi nella quale un atto amministrativo determina un elemento di un contratto privato, saranno qui semplicemente richiamati attraverso una loro descrizione, che valga a metterne in luce gli aspetti maggiormente salienti sotto il profilo considerato; una ricostruzione più completa della loro disciplina, perciò, sarà il frutto di approfondimenti ulteriori del tema che ci si propone di svolgere a breve scadenza.

4. Infine, pare opportuno anticipare sinteticamente la struttura del presente lavoro.

Esso si articola su tre capitoli, il primo dei quali è dedicato ad una più penetrante precisazione dei caratteri dell'atto amministrativo del tipo delineato, e alla relativa sua distinzione dalle figure ad esso più affini.

Il secondo capitolo comprende una indicazione di alcuni casi che possono essere inquadrati nell'ipotesi prospettata, ed una loro descrizione, particolarmente per quel che riguarda i loro caratteri maggiormente significativi, ai fini di una ricostruzione dogmatica della materia.

È bene avvertire che, dati i profili sotto i quali essa è qui considerata, se da un lato esula dagli obbiettivi del presente lavoro ogni precisazione della disciplina dei casi che

si esamineranno, la quale non tocchi direttamente l'angolo visuale qui scelto, d'altro canto tali casi avranno il solo valore di campione di una ben più vasta casistica che sicuramente si potrebbe trarre dalla legislazione vigente.

In altre parole, dal momento che, in questa sede, si vuole solo precisare i caratteri di una categoria dogmatica, non si ritiene indispensabile procedere ad una completa individuazione di tutti i casi rilevabili nel diritto positivo, e in essa ricomprensibili; e, d'altra parte, non si vede come un simile lavoro possa essere compiuto. Per tale ragione, si dichiara esplicitamente che nella categoria che qui si esamina possono essere fatti rientrare numerosissimi altri casi, oltre a quelli cui si accennerà in seguito a titolo esemplificativo.

Il terzo capitolo è dedicato alla analisi degli effetti derivanti dagli atti amministrativi del tipo considerato, in ordine all'autonomia privata che da essi viene limitata, e ai negozi ad essi non conformi che le parti possono porre in essere.

Infine, come si è già accennato, al presente lavoro sarà aggiunto un quarto capitolo, dedicato ai problemi relativi alla tutela giurisdizionale del privato, nei confronti dell'esercizio illegittimo dei poteri di incidenza nell'autonomia negoziale che sono attribuiti all'Amministrazione.

CAPITOLO I

LE LIMITAZIONI DERIVANTI DA ATTI AMMINISTRATIVI, DELLA AUTONOMIA PRIVATA NELLA DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO DEL NEGOZIO, E LE FIGURE AFFINI

SOMMARIO: 1. La determinazione dell'ipotesi di interferenze di atti amministrativi su atti privati che è qui analizzata. Precisazioni per quel che riguarda i caratteri dell'atto amministrativo; distinzione di tale ipotesi dai casi nei quali l'Amministrazione pone in essere atti privatistici che limitano l'autonomia negoziale di privati (contratti normativi e simili). Il problema degli atti aventi carattere regolamentare; la soluzione adottata. - 2. Precisazioni relative alla posizione di estraneità in cui si pone l'Amministrazione nei confronti delle parti del negozio, su cui gli atti amministrativi incidono; distinzione dal caso di autodisciplina da parte dell'Amministrazione della propria attività negoziale. Precisazioni relative al fondamento dei poteri di cui gli atti amministrativi che incidono su negozi privati costituiscono esercizio; distinzione della ipotesi qui studiata dai casi nei quali i poteri che spettano all'Amministrazione trovano il loro fondamento in uno speciale rapporto di supremazia di questa, nei confronti dei soggetti la cui autonomia negoziale viene limitata; in particolare: i casi di ammissione in una istituzione pubblica, di concessione, di autorizzazione costitutiva di un rapporto dell'Amministrazione con l'autorizzato, degli ordinamenti c.d. di settore. - 3. Precisazioni relative al tipo di incidenza sull'autonomia negoziale privata. Le limitazioni alla libertà di determinazione del contenuto contrattuale. L'obbligo a contrarre. Casi di obbligo a contrarre, che è specificato in qualche suo elemento, o addirittura fondato da un atto amministrativo. Distinzione di tali casi, dall'ipotesi nella quale gli atti amministrativi determinino il contenuto negoziale privato. Distinzione di questa ipotesi anche dai casi nei quali gli atti amministrativi disciplinino direttamente i rapporti intercorrenti tra privati. Esemplicazioni. Rinvio. - 4. Precisazioni relative agli atti privati, il cui contenuto può essere determinato dall'Amministrazione. Distinzione dei casi nei quali gli effetti dell'atto discendano dal suo conte-

nuto, da quelli nei quali gli effetti siano determinati e attribuiti all'atto stesso dall'ordinamento statale. Richiamo della correlativa distinzione tra atti a carattere negoziale, e meri atti giuridici, sostenuto dalla dottrina dominante. Richiamo della teoria del negozio come norma dell'autonomia privata, e suo collegamento con tale distinzione. L'Amministrazione può determinare il contenuto di atti privati che abbiano carattere negoziale, e anzi contrattuale. Esclusione dei meri atti giuridici, tra i quali quelli che provocano determinate incidenze pubbliche, nello svolgimento di rapporti privati. Esempi di materia di iscrizione di ipoteche e di sequestro. Richiamo del complesso e controverso quadro della dottrina civilistica in ordine alle nozioni di negozio e di autonomia privata, e sulle classificazioni degli atti privati. Atti negoziali e non. Atti negoziali della sfera primaria e della sfera secondaria. L'accordo come figura distinta dal contratto. Il carattere funzionale che talvolta assume l'autonomia privata.

1. È necessario precisare, anzitutto, i caratteri che sono propri di quel tipo di atto amministrativo, che incide sull'attività negoziale privata, che vuole essere qui specificamente analizzato, anche ai fini di una sua più esatta distinzione da altre ipotesi, che sotto qualche profilo ad esso sono affini.

Lo svolgimento di alcune considerazioni su questo punto è indispensabile, anche ai fini di una migliore individuazione dell'oggetto del presente lavoro; da questo punto di vista, esso è imposto da ovvie esigenze di chiarezza.

È appena il caso di osservare, peraltro, che l'individuazione di tutti i caratteri salienti dell'istituto o del concetto considerato, può essere compiuta solo attraverso la sua analisi approfondita, nella quale si traduce l'intero lavoro; perciò, a rigore, la differenziazione dell'ipotesi di interferenza tra atto amministrativo e negozio privato, che si vuole qui esaminare, non può procedere se non di pari passo con lo sviluppo dell'indagine nel suo insieme; e quella precisazione dell'oggetto dello studio, che è necessario premettere, per qualche aspetto non può non essere considerata o aprioristica o empirica.

Ad ogni modo, l'ipotesi di interferenza qui esaminata, deve essere precisata da diversi punti di vista, il primo dei quali attiene ai caratteri del potere attribuito all'Amministrazione, di cui l'atto amministrativo che incide sul negozio privato costituisce l'esercizio.

Anzitutto, è di tutta evidenza che qui devono essere presi in considerazione solo quegli atti dell'Amministrazione che costituiscono esercizio di un potere pubblicistico, escludendo, cioè, quegli atti i quali, pur essendo posti in essere da soggetti pubblici, abbiano carattere privatistico; per tale ragione, si prescinde in questa sede dal caso in cui l'attività negoziale di un soggetto privato è in qualche modo limitata da negozi di diritto privato, del tipo del contratto normativo, e simili, i quali siano intervenuti precedentemente tra di lui e l'Amministrazione.

Se la distinzione così accennata è di tutta evidenza, assai meno agevole è un'altra precisazione, che pure è necessario introdurre: quella precisazione, cioè, che tiene conto di una categoria di atti soggettivamente posti in essere dalla Amministrazione, che costituiscono esercizio di pubblici poteri, il cui regime di validità e di efficacia non si discosta sostanzialmente da quello dei normali atti amministrativi, ma la cui natura è molto discussa, per il carattere normativo che è ad essi comunemente attribuito: i regolamenti amministrativi.

La rilevanza dei regolamenti dal punto di vista che qui interessa non è di poco momento: infatti, accanto ai casi nei quali l'atto dell'Amministrazione che incide sul negozio privato ha sicuramente carattere meramente amministrativo, sono assai numerosi i casi nei quali la sua natura regolamentare è altrettanto indiscussa; e a questi, sono da aggiungere altri casi, nei quali la stessa natura regolamentare è stata affermata per lo meno da qualche autore, o in qual-

N.B.

che decisione giurisprudenziale: e tra questi ultimi, ve ne sono di grande importanza, sotto il profilo considerato: basterà, a questo proposito, citare il solo esempio dei provvedimenti di fissazione dei prezzi, emanati dall'apposito Comitato interministeriale (= CIP) (1).

Una soluzione dogmaticamente rigorosa della questione se convenga considerare unitariamente le ipotesi nelle quali un atto soggettivamente posto in essere dall'Amministrazione interferisce sull'attività negoziale del privato, oppure sia più opportuno prescindere da quei casi, nei quali tale atto abbia carattere regolamentare, dovrebbe discendere da una preventiva valutazione dei rapporti, sia di analogia, che di differenziazione, che intercorrono tra regolamenti e atti amministrativi non regolamentari, anche se questi ultimi siano generali, o plurimi, o collettivi, secondo una terminologia ampiamente nota, per quanto in dottrina sia discussa, o, per lo meno, non univocamente impiegata (2).

Gli studi che sono stati svolti su questo tema, come tutti sanno, sono pressochè innumerevoli (3); ma, come accade

(1) Per il carattere di regolamenti delegati che sarebbe da attribuire ai provvedimenti di fissazione del prezzo di determinati prodotti, emanati dal CIP, v. Cons. di Stato, 25 settembre 1950, n. 281, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, III, 250, e la nota di MATTERA, *Considerazioni sulla natura giuridica dei provvedimenti del CIP e dei comitati provinciali dei prezzi*; per rilievi critici nei confronti di questa tesi, v.: GASPARRI, *Il sistema costituzionale delle fonti normative e i provvedimenti dei comitati dei prezzi*, in *Giur. cost.*, 1958, 385 ss.; questo autore, peraltro, sostiene il carattere normativo dei provvedimenti in parola (v., *ivi*, pag. 391 ss.); per un esame completo di tutte le questioni che sono sorte a proposito della natura dei provvedimenti del CIP, con ampi riferimenti bibliografici, v.: BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'Amministrazione pubblica dell'economia*, Milano 1957, pag. 225 ss.

(2) Per queste incertezze, v., in genere, la bibliografia che si cita nella nota seguente.

(3) Cfr., tra gli altri: GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9 ss., oltre alla sua già citata voce: *Atto amministrativo*, nell' *Enciclopedia del diritto*; DE VALLES, *Regola-*

spesso, la molteplicità degli scritti su una stessa materia, che di per sè è indice di una notevole difficoltà di questa, rivela, piuttosto che un'elaborazione dottrinale che ha già portato ad un certo accordo sulle linee fondamentali, un contrasto di opinioni, ancora ben lontano dalla sua composizione; e la portata di tale contrasto è bene avvertibile, ove si tenga conto delle dispute che investono gli aspetti più salienti delle nozioni analizzate, soprattutto quelli che dovrebbero fungere da elemento di distinzione tra concetti affini: sotto questo profilo, ci pare assai significativa la nota controversia sul carattere discrezionale o meno, che sarebbe da attribuire ai regolamenti amministrativi (4).

Del resto, le incertezze che sono da registrare in dottrina sull'argomento in questione, non sono altro che un aspetto di un più vasto fenomeno, quale la crisi della nozione stessa di atto normativo: e di questo collegamento la dottrina è pienamente consapevole, come è provato anche dal fatto che tutte le discussioni sui caratteri che dovrebbero essere attribuiti alla nozione di regolamento, trovano il loro fondamento nella qualificazione di esso come atto essenzialmente normativo.

menti ministeriali e ordinanze generali, in *Foro it.*, 1951, IV, 99; GUARINO, *Legge e regolamento*, in *Foro it.*, 1953, I, 121; SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 220, e *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro it.*, 1958, IV, 57; GALATERIA, *Sui caratteri distintivi tra ordinanze e regolamenti*, in *Foro amm.*, 1957, I, 2, 108; tutta la questione è stata poi ampiamente esaminata nella monografia del VIGNOCCHI, *Il potere regolamentare dei ministri*, Napoli s.a., ma 1957; v. anche la voce: *Atti amministrativi*, di RANELLETTI-AMORTH, nel *Nuovissimo Digesto italiano*.

(4) Per l'attribuzione del carattere discrezionale ai regolamenti si è pronunciato il GUARINO (*Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, I, 537 ss.), mentre GIANNINI ha sostenuto che il regolamento non può avere tale carattere, giacchè è un atto che mira alla costituzione dell'ordinamento giuridico (*Provvedimenti amministrativi generali*, etc., cit., in *Foro it.*, 1953, III, 9 ss.).

Per quel che riguarda lo svolgimento del presente lavoro, non si può non tener conto di questo stato di profonda insicurezza sull'argomento, che si registra in dottrina, almeno di precludere ogni approfondimento del punto; infatti, appare di tutta evidenza l'incongruità di un esame *funditus* in questa sede di una problematica di tanta complessità e delicatezza, esame al quale forse non sarebbe neppure sufficiente un'intera monografia, e che dovrebbe essere qui svolto al solo fine di delimitare in modo più o meno ampio l'oggetto cui è dedicato il presente studio.

È di gran lunga preferibile, sotto questo profilo, adottare una soluzione che esplicitamente venga dichiarata solo di comodo, senza, cioè, che ad essa possa essere attribuito il minimo significato, in ordine allo spinoso argomento indicato.

Da questo punto di vista, sembra opportuno condurre l'indagine sulla base di quei casi di interferenza sull'attività negoziale privata, nei quali gli atti dell'Amministrazione non abbiano in modo indiscusso carattere regolamentare, o per i quali tale carattere si potrà escludere in base ad un sommario esame, come avverrà nell'ipotesi qui di grande importanza dei provvedimenti del CIP (5).

Del resto, ove si partisse dal presupposto che le eventuali differenze tra regolamenti e meri atti amministrativi non presentino rilevanza sotto i profili considerati nel presente lavoro, assai facile sarebbe inquadrare anche i casi di disposizioni regolamentari che interferiscono sull'attività negoziale privata, nelle considerazioni che saranno successivamente svolte.

2. I caratteri del potere di cui l'atto amministrativo che si esamina costituisce esercizio, devono essere precisati anche sotto diverso profilo.

(5) Sul punto, cfr., *infra*, pag. 119 ss.

Anzitutto, per quel che riguarda il rapporto con cui si pone l'Amministrazione, rispetto alle parti contraenti, è da dire che nel nostro caso essa si presenta del tutto estranea al negozio sul quale interferisce col proprio atto.

In tal modo rimangono esclusi dall'ipotesi considerata tutti quei casi nei quali l'Amministrazione incide con un proprio atto, che è esercizio di un suo potere pubblicistico, su un negozio che essa stessa pone in essere, su un piano privatistico: l'esempio più significativo, per quanto non esclusivo di ciò, è costituito dai capitolati d'appalto (6).

Le ragioni di questa esclusione sono chiare: in tali casi, l'Amministrazione non esercita dei poteri che le sono attribuiti dal legislatore, in funzione di una disciplina dell'attività negoziale privata, ma piuttosto fa uso di una potestà di autoregolamentazione della propria attività negoziale di carattere privato.

È ovvio, peraltro, che proprio per il diretto riferimento al soggetto necessariamente pubblico dell'attività negoziale che con questa potestà viene disciplinata, l'esclusione in parola non comprende anche i casi nei quali l'Amministrazione si trovi in un rapporto identico a quello di un privato qualsiasi, rispetto al proprio atto imperativo, con cui è limitata l'autonomia negoziale: per esempio, nel caso dell'Amministrazione che è parte in una qualsiasi compravendita di un prodotto, il cui prezzo è fissato dal CIP.

Inoltre, nell'ipotesi che è qui studiata, non solo l'Amministrazione, in quanto tale, si mantiene estranea al negozio che pure essa ha disciplinato, ma questa disciplina costituisce esercizio di un potere, che è attribuito all'Amministrazione

(6) Sulla natura dei capitolati d'appalto si rinvia alla ampia e approfondita analisi di CAPACCIOLI (*L'arbitrato nel diritto amministrativo*, Padova 1957, pag. 131 ss.); v. anche, *ivi*, ampie citazioni di dottrina e di giurisprudenza.

stessa nei confronti della massa indifferenziata dei privati, e il cui unico fondamento è costituito, appunto, da tale attribuzione legislativa.

Devono perciò essere tenuti distinti, sotto questo profilo, tutti quei casi nei quali l'Amministrazione interferisce sull'attività negoziale di privati, mediante esercizio di poteri pubblicistici che trovano uno specifico fondamento in uno speciale rapporto di supremazia che le spetta nei confronti di alcuni determinati soggetti.

Alcuni di questi casi sono già noti da tempo in dottrina: così, per esempio, l'ipotesi nella quale all'Amministrazione spettino particolari poteri, cui sono sottoposti i soggetti che fanno parte di una determinata istituzione; di regola l'appartenenza all'istituzione trova il suo titolo in un atto amministrativo del tipo dell'ammissione.

Altro caso ben noto, è quello dei poteri che spettano all'Amministrazione nei confronti dei soggetti che sono suoi concessionari; anche qui, si possono trovare dei notevoli esempi di limitazione dell'autonomia negoziale, derivanti da atti amministrativi, specie per quel che riguarda la concessione di pubblici servizi, e la disciplina spesso prevista nella concessione, di taluni aspetti dei rapporti che si instaureranno tra il concessionario, e i terzi utenti del servizio; comunque, si tratta sempre di casi che esulano dall'ipotesi qui considerata, giacchè i poteri di cui l'Amministrazione fa uso nel dettare tale disciplina, trovano il loro fondamento nello speciale rapporto di concessione, e nell'atto corrispondente col quale questo viene costituito.

Accanto a questi casi, ben noti in dottrina (e ai quali si potrebbe aggiungere anche quello dell'appalto, quando nel relativo capitolato si trovi qualche norma relativa a rapporti tra appaltatore e terzi), ve ne sono altri dello stesso genere, che sono stati posti in luce da più recenti elaborazioni.

A questo proposito, si può citare quel particolare gruppo di autorizzazioni, individuate e studiate dal Franchini (7), le quali fondano per l'Amministrazione dei poteri di determinare il comportamento dell'autorizzato, e che possono essere esercitate durante tutto il periodo di tempo cui si riferisce l'autorizzazione stessa; si tratta di una ipotesi che per molti aspetti si riavvicina a quella dei rapporti di concessione cui si è sopra accennato; e, al pari di questi, anche i poteri dell'Amministrazione che trovano fondamento nelle autorizzazioni costitutive di rapporti con i privati, pare che almeno in linea di principio possano riferirsi ad una disciplina del comportamento del destinatario dell'atto, che non sia solo di fatto, ma anche negoziale.

Ma soprattutto, sempre nel quadro degli atti amministrativi che interferiscono sull'attività negoziale privata, sul fondamento, però, di uno speciale rapporto tra Amministrazione e privati in tal modo vincolati, è necessario tener conto della nota nozione di ordinamento di settore, la cui elaborazione è dovuta al Giannini (8), e che successivamente è stata ripresa dalla dottrina.

Anche in questo caso vi sono dei significativi esempi di interferenza di atti amministrativi su attività negoziale privata: si pensi agli ordinamenti dei settori bancario, assicurativo, e simili, e alle notevolissime attribuzioni normative

(7) *Le autorizzazioni amministrative, etc.*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 67 ss.

(8) Tra i vari scritti di questo autore, cfr. soprattutto: *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 111; *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pag. 71 ss.; *Aspetti giuridici della liquidità bancaria*, in *Atti del I convegno internazionale del credito*, Roma 1954, vol. IV, pag. 139 e seguenti. Per la comprensione della nozione di ordinamento di settore elaborata da GIANNINI, può essere utile tener presente il concetto di ordinamento giuridico delineato dallo stesso autore: cfr. il suo scritto *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pag. 219 ss.

dei rapporti tra le imprese private del settore, e i terzi, che spettano agli organi amministrativi competenti (9).

Anzi, si può dire che l'ipotesi degli ordinamenti sezionali è quella che più si avvicina all'oggetto del presente studio, giacchè anche in essa l'Amministrazione si presenta come portatrice di poteri normativi del comportamento, anche negoziale, di una pluralità potenzialmente indefinita di soggetti, poteri, il cui fondamento, cioè, ha un carattere che non è specificamente soggettivo, come, per esempio, nei casi di concessione e di autorizzazione cui sopra si è accennato; ciò nonostante, la circostanza che tali poteri siano propri di un singolo ordinamento di settore, vale a differenziare l'ipotesi da quella cui è dedicato il presente lavoro, e perciò se ne traslascia in questa sede la relativa analisi.

3. Dopo aver precisato quel tipo di interferenza di atti amministrativi su negozi privati, che costituisce l'oggetto del presente studio, sotto il profilo dei caratteri propri di tali atti amministrativi, è necessario svolgere qualche breve considerazione anche per quel che riguarda il modo con cui i primi incidono sui secondi.

Si è già detto, genericamente, che nel nostro caso gli atti amministrativi rilevano per la determinazione stessa del contenuto negoziale; ossia, essi operano, limitando in qualche modo e per qualche aspetto quell'autonomia che, di regola, è lasciata ai privati, per la determinazione delle singole clausole del negozio.

Casi di tali limitazioni si presentano assai frequentemente in testi di legge formale, e nello stesso codice civile: esemplificazioni al riguardo sarebbero del tutto superflue;

(9) Cfr. per una descrizione dettagliata della materia: BACHELET, *L'attività di coordinamento*, etc., cit., pag. 176 ss.

solo, il richiamo è stato fatto per segnalare che, nella nostra ipotesi, l'analogia con tali casi si spinge sino alle conseguenze che si hanno quando le limitazioni all'autonomia privata vengono superate: il negozio che non è conforme a disposizioni imperative, di regola è nullo, salvo che la disposizione imperativa si sostituisca automaticamente alla difforme pattuizione delle parti; e ciò si verifica indifferentemente, tanto se la disposizione imperativa sia contenuta in una legge, come se essa si rinvenga in un atto amministrativo.

Volendo inquadrare meglio la nostra ipotesi nelle nozioni civilistiche usualmente impiegate nella costruzione dei limiti apposti all'autonomia privata, è necessario richiamare il principio della c.d. libertà contrattuale, che è considerato di generale validità (10), e la nota distinzione che nel suo ambito è tracciata, tra la libertà di stipulare o meno un dato contratto, e la libertà di determinazione delle clausole contrattuali (11): nell'ipotesi qui studiata, gli atti amministrativi incidono sulla libertà contrattuale, intesa nel secondo di questi suoi possibili significati.

M.B.

Nel nostro ordinamento, si hanno numerosi casi di previsione legislativa di un obbligo a contrattare da parte dei privati (12): oltre alla disposizione generale dell'art. 2597,

(10) Cfr., peraltro, i rilievi in materia di NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena 1920, pag. 1 ss.

(11) La materia è esposta in tutte le trattazioni civilistiche, tanto a carattere istituzionale, che dedicate specificamente al negozio; si omettono, perciò, le citazioni delle più note trattazioni italiane; per la letteratura tedesca, cfr. tra gli altri: ENNECCERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 5^a ed., Tübingen 1958, pag. 118 ss.; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, 7^a ed., Berlin 1952, pag. 125 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I Band, (*Allgemeiner Teil*), München und Berlin, 1953, pag. 31 ss.

(12) Sul tema dell'obbligazione a contrarre, v., per la letteratura italiana a carattere istituzionale, oppure relativa al negozio giuridico, l'avvertenza di cui alla nota precedente; per gli scritti a carattere monografico, v.

che riguarda le imprese operanti in regime di monopolio legale, si possono annoverare molte altre norme, nelle più svariate materie, contenute nella legislazione speciale.

Sono anche assai frequenti i casi nei quali, nella determinazione di un obbligo del genere, acquista rilevanza anche l'attività dell'Amministrazione.

In alcune ipotesi, l'atto amministrativo ha la funzione di specificare, in qualche suo elemento, un obbligo a contrarre che è già previsto dalla legge: gli esempi di maggiore importanza di ciò si possono rintracciare soprattutto nella disciplina del collocamento della mano d'opera, dove sono previsti i c.d. imponibili di mano d'opera.

Il più noto di questi è quello disposto in funzione del massimo impiego di lavoratori in agricoltura e che si traduceva nell'obbligo imposto ai conduttori a qualsiasi titolo di aziende agricole e boschive, di assumere lavoratori agricoli in numero determinato dal prefetto, sulla base di certi criteri fissati dalla legge istitutiva (13); questa, comunque, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale (14).

Peraltro, nel nostro ordinamento vi sono anche altri casi di imponibile di mano d'opera, anche se la loro funzione è diversa da quella propria dell'imponibile di mano d'opera in agricoltura, e conseguentemente diversi sono i loro caratteri;

soprattutto: PUGLIATTI, *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, (in *Annali Università di Messina*, 1930-31), *passim*; STOLFI (Mario), *L'obbligo legale a contrattare*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, pag. 105 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, vol. XXVI, pag. 195; cfr. anche AULETTA, in *Commentario al codice civile diretto da Scialoja e Brande*, ad art. 2597.

(13) D.L.C.P.S. 16 settembre 1947, n. 929.

(14) Con decisione 30 settembre 1958, n. 78; vedila in *Giur. cost.*, 1958, 979, con note di MORTATI (*Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera*, a pag. 1190), di CRISAFULLI (*Costituzione e imponibile di mano d'opera*, a pag. 1202) e di MAZZIOTTI (*Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto al lavoro*, a pag. 1209).

a questo proposito, si possono ricordare le disposizioni che prevedono l'obbligo di assunzione di lavoratori appartenenti a certe categorie, e per i quali sarebbe altrimenti difficile trovare lavoro, per minorazioni fisiche e simili, oppure che per altre ragioni appaiano meritevoli di particolare tutela; lavoratori, comunque, la cui assunzione è stata ritenuta corrispondente ad uno specifico interesse pubblico: si possono citare gli esempi dell'obbligo di assunzione di invalidi e orfani di guerra, invalidi e mutilati per lavoro, profughi, tubercolotici completamente guariti, e così via (15) (16).

Il numero dei lavoratori di tali categorie, che l'imprenditore è obbligato ad assumere, è determinato, almeno di solito, in forma percentuale, rispetto a quello complessivo di tutti i lavoratori occupati nell'impresa considerata: comunque, la determinazione in concreto di tale numero, e l'individuazione dei soggetti da avviare al lavoro, è compiuta mediante atti amministrativi; d'altra parte, l'attuazione di questo obbligo trova molti punti di contatto con il collocamento della mano d'opera, inteso come scelta da parte dell'Amministrazione di uno dei soggetti del contratto di lavoro; per questo, su tale delicata materia si ritornerà tra breve (17).

Accanto ai casi di obbligo a contrarre stabilito con legge, nei quali l'Amministrazione specifica qualche aspetto di tale obbligazione, vi sono i casi più rari, nei quali la legge attribuisce all'Amministrazione il potere di determinare essa stessa la nascita di un obbligo del genere (18).

(15) Vedi per il dettaglio, di recente: ARDAU, *Collocamento dei lavoratori e disciplina dell'emigrazione*, in *Nuovissimo Digesto italiano*.

(16) Cfr. peraltro, anche per questa materia, la questione di legittimità costituzionale sollevata con ordinanze della Corte di Appello di Genova 10 e 26 ottobre 1959, in *Giust. civ.*, 1960, III, 38.

(17) Cfr., *infra*, pag. 47 ss.

(18) Cfr. per esempio, l'art. 5 della l. 15 maggio 1942, n. 625, che attribuisce al prefetto il potere di imporre ai possessori di foglie di gelso, non

Come risulta dai richiami che precedono, la materia degli atti amministrativi che concernono, in vario modo, un obbligo a contrarre imposto ad un privato, è abbastanza vasta, e di grande interesse, nel quadro generale delle interferenze di atti dell'Amministrazione sull'attività negoziale privata.

D'altra parte, poichè con l'imposizione di un obbligo a contrarre, pur limitando la libertà di contrarre, non si viene ancora ad incidere sulla libertà di determinazione del contenuto negoziale, tale materia non sarà qui specificamente analizzata.

Si deve dire, però, che molto spesso alla imposizione di un obbligo a contrarre si accompagna anche la determinazione imperativa di qualche elemento del contratto.

Questa implicazione è dovuta a diverse esigenze. Talvolta, specie quando la determinazione imperativa riguarda il prezzo, essa mira a rendere efficace l'obbligazione a contrarre, la quale potrebbe essere in pratica frustrata, se l'obbligato avesse il potere di fissare un prezzo esageratamente alto.

Sempre in questo ordine di idee, non si può escludere però che una determinazione del genere possa anche avere la funzione di tutela del soggetto obbligato, perchè con l'imposizione dell'obbligo a contrarre, in pratica si può avere uno spostamento a danno di esso, del prezzo che si formerebbe in base al libero giuoco della domanda e dell'offerta (19).

Altre volte, invece, l'interferenza sulla determinazione

usate per propri allevamenti di bachi da seta, la relativa cessione ad allevatori.

(19) Così, per esempio, nel caso citato nella nota precedente, la legge prevede anche un particolare meccanismo per la fissazione autoritativa del prezzo della cessione delle foglie di gelso.

del contenuto, di un negozio la cui stipulazione è imposta, si ricollega all'esistenza, nella materia considerata, di preminenti interessi pubblici, i quali sono tutelati non solo dalla conclusione di certi negozi. ma anche dalla predisposizione in essi di date clausole: si pensi alla materia del lavoro, alla materia dei pubblici servizi gestiti in regime di monopolio legale, in cui lo Stato non solo fissa determinati obblighi a contrarre, ma interviene anche largamente nella determinazione delle obbligazioni delle parti.

È evidente che, nei limiti nei quali all'imposizione di un obbligo a contrarre si accompagna anche la determinazione imperativa di qualche elemento del negozio, la materia sarà ripresa successivamente al momento opportuno.

Infine, la precisazione dell'ipotesi cui è dedicato il presente lavoro, in relazione a quei casi, nei quali un atto amministrativo determina il contenuto di un negozio privato, serve anche ad individuare tale ipotesi da un'altra con cui la prima può venire confusa: quella, cioè, in cui l'atto amministrativo non incide sul negozio stipulato dai privati, ma direttamente costituisce, o disciplina per qualche aspetto lo stesso rapporto che intercorre tra soggetti privati.

Il nostro ordinamento conosce e ha conosciuto casi del genere, tra cui gli atti amministrativi di assegnazione di terre incolte, dai quali è nato un rapporto privatistico di affitto tra assegnatari e proprietario del fondo (20); e gli atti di requisizione di alloggi, dai quali sono scaturiti anche qui rap-

(20) Cfr., da ultimo, per il carattere pubblicistico dell'atto di concessione delle terre incolte, e quello privatistico del rapporto di affitto da questo scaturente: Cass. Sez. Un., 8 febbraio 1958, n. 405, in *Foro amm.*, 1958, II, 1, 396; sull'argomento, in generale, v. la monografia di LANDI, *Concessione di terre incolte ai contadini*, Milano 1947; cfr. anche: TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pagg. 321, 326, 337 ss.

N. B.

porti privatistici di locazione (21); e se si volesse uscire dall'ambito dei rapporti obbligatori, probabilmente non sono delineabili in modo molto diverso i complessi procedimenti di assegnazione a coltivatori diretti di terre espropriate in base alla legge Sila e alla legge stralcio (22), procedimenti che se hanno un carattere prettamente pubblicistico, ciò non di meno sfociano nell'attribuzione ad un soggetto privato, di una posizione di diritto reale di carattere meramente privatistico, quale, appunto, la proprietà (23).

Si consideri, peraltro, l'esempio assai significativo che ci è offerto dalla legislazione vincolistica degli alloggi, vigente nella Germania occidentale in questo dopoguerra: secondo tale legislazione, l'Amministrazione competente ha il potere di imporre al proprietario di un appartamento, anche parzialmente non occupato (24), di affittare le stanze libere ad un soggetto da essa stessa individuato. In un caso del genere, ovviamente, la determinazione dell'intero contenuto negoziale sfugge alla autonomia della parte privata: l'atto amministrativo, infatti, fissa i soggetti del contratto (con la scelta tanto del conduttore quanto del locatore), l'oggetto (le stanze da affittare, non solo con l'indicazione del loro numero), e anche il prezzo, ove la determinazione

(21) Cfr. per riferimenti, da ultimo: Cass., 31 gennaio 1959, n. 292, in *Mass. Foro amm.*, 1959, 19; cfr. in argomento: TREVES, *Gli atti amministrativi*, etc., cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pag. 335 ss.

(22) La letteratura sull'argomento è assai ricca; cfr. soprattutto la fondamentale monografia del CARROZZA (*L'assegnazione delle terre di riforma come posizione di studio del diritto agrario*, Milano 1957); per la nozione di assegnazione, v. la voce corrispondente, del PIGA, nell'*Enciclopedia del diritto*.

(23) Cfr., in questo senso, gli spunti ricostruttivi di SALVATORE ROMANO, *La nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pag. 14 ss. dell'estratto.

(24) Naturalmente, la legge fissa i limiti massimi di disponibilità di vani *pro capite*, in base ai quali è possibile calcolare, anche in appartamenti occupati, dei vani considerati superflui, e quindi assegnabili ad altri soggetti.

di quest'ultimo non discenda automaticamente dal regime di blocco dei fitti. Peraltro, l'obbligazione del proprietario è solo un'obbligazione a contrarre, e solo ove questa rimanga inadempita, l'Amministrazione interviene con un proprio atto, che costituisce il rapporto privatistico di affitto, determinandone anche la disciplina (25).

Pur potendo rinvenire anche nel nostro ordinamento numerosi casi di atti amministrativi che incidono su rapporti privati, si è preferito riportare in dettaglio un caso tratto da una legislazione straniera, giacchè esso, con le sue caratteristiche così marcate, pare illuminare nel modo più chiaro possibile, la distinzione che si vuole delineare, tra atti amministrativi che incidono su negozi privati, e atti amministrativi che incidono direttamente su rapporti privati; infatti, nell'esempio prospettato, si può vedere un caso in cui uno stesso rapporto di affitto, regolato sotto un profilo sostanziale in modo assolutamente identico, può trovare alternativamente la sua fonte, e la sua disciplina, o in un atto emanato dall'Amministrazione, oppure in un negozio stipulato dai privati, anche se il contenuto di esso sia previamente determinato imperativamente dall'Amministrazione medesima (26).

(25) Per questo esempio, v.: LARENZ, *Lehrbuch*, cit., pag. 30.

(26) L'ipotesi di un atto amministrativo che costituisca rapporti giuridici meramente privatistici, tra soggetti privati, è stata individuata soprattutto dalla dottrina tedesca, anche per la maggiore frequenza con la quale casi del genere si presentano nella legislazione germanica; già la nozione si trova delineata in NIPPERDEY (*Kontrahierungszwang*, etc., cit., pag. 116 ss.); peraltro, secondo questo autore, l'istituto, denominato « *diktierter Vertrag* », avrebbe la funzione di assicurare l'esecuzione di una preesistente obbligazione di contrattare, rimasta inadempita (v. in questo senso la recisa affermazione a pag. 129); inquadrando in tal modo l'istituto, da un lato gli si assegna un campo di applicazione ristretto, lasciando fuori tutti quei casi (e ne abbiamo visti anche nella legislazione italiana), nei quali l'intervento dell'Amministrazione nella co-

affitto
a contratto

atto amministrativo
che in qualche
modo incide
direttamente
sui rapporti
privati
e che ha
una disciplina
propria

Successivamente (27), si potrà valutare tutta la portata della distinzione delineata; per il momento, è sufficiente aver precisato anche sotto questo profilo, i caratteri di quel tipo di atto amministrativo che è qui analizzato.

4. Infine, occorre aggiungere qualche cenno, relativo a quel tipo di atto posto in essere dai privati, nei cui

stituzione di rapporti privati non si basa affatto su un inadempimento di una obbligazione a contrarre; d'altro canto, proprio ritenendo quest'ultima un presupposto necessario, si attribuisce all'intervento dell'Amministrazione una funzione quasi sanzionatoria, che ha molti punti di contatto non con la normale attività amministrativa, ma con la sentenza costitutiva emessa dal giudice, come esecuzione specifica di un inadempito obbligo di concludere un contratto (articolo 2932 cod. civ. it.).

Nella dottrina tedesca posteriore, questo collegamento con una precedente obbligazione di contrarre, degli atti amministrativi che costituiscono rapporti privati, si è persa, giacché tutta la materia è stata rielaborata sotto il profilo della nozione del *privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt*; questa diversa impostazione è dovuta alla ricomprensione ormai acquisita degli atti amministrativi che interferiscono su rapporti privati, tra i mezzi che sono a disposizione dell'Amministrazione per il perseguimento dei propri fini, col corrispondente allargamento della tipologia degli atti amministrativi (tra gli studiosi del diritto amministrativo, v. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 6^a ed., München u. Berlin 1956, vol. I, pag. 61 ss.; v. anche, a pag. 238, le regole particolari che vigono per un aspetto assai importante della disciplina degli atti in parola: la revocabilità).

Peraltro, è da dire che questo ampliamento dell'angolo visuale non ha giovato, sotto altro profilo, alla nettezza dei caratteri della nozione, giacché sotto il termine indicato, la dottrina tedesca non sempre distingue tra le varie ipotesi di interferenze di atti amministrativi nella sfera privata, e in particolare tra l'ipotesi di interferenza su atti, e l'ipotesi di interferenza su rapporti (per una maggiore precisione, v.: LARENZ, *Lehrbuch*, cit., pag. 30; ENNECCERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, cit., pag. 548 ss.).

La nozione di atti amministrativi che costituiscono rapporti privati, non è, ovviamente, ignota alla dottrina italiana; tra le sue più recenti applicazioni, v.: CARROZZA, *L'assegnazione delle terre di riforma*, etc., cit., pag. 76 ss.; lo scritto fondamentale è, però, quello di TREVES, più volte citato: *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti tra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 314 e seguenti.

(27) Cfr., *infra*, pag. 183 ss.

confronti interferiscono atti emanati dall'Amministrazione, nell'ipotesi qui analizzata.

Quest'ultima precisazione discende *de plano* dai caratteri già individuati degli atti amministrativi interferenti, in particolare dal carattere per cui questi incidono sulla determinazione stessa del contenuto negoziale.

Quest'aspetto dell'ipotesi studiata acquista valore decisivo al riguardo, sulla base del seguente ragionamento: le interferenze di disposizioni statali imperative (non importa qui se legislative o amministrative), sul contenuto di atti privati, possono rinvenirsi solo nei limiti nei quali gli effetti di tali atti siano determinati dal loro stesso contenuto.

N.B.

Infatti, le interferenze statuali sull'attività negoziale privata, che interessano sotto il profilo qui considerato, sono tutte in funzione di una incidenza sulla rilevanza giuridica degli atti privati; ora, nei casi nei quali gli effetti che in qualche modo si ricollegano all'atto privato, non discendono direttamente dal suo contenuto, ma sono determinati e attribuiti all'atto stesso dall'ordinamento statale, non vi è ragione che questo incida addirittura sul contenuto dell'atto privato, potendosi limitare a modellare in un modo piuttosto che in un altro gli effetti che intende attribuire a tale atto.

Al contrario, è proprio quando gli effetti dell'atto discendono dal suo contenuto, che l'interferenza statale in genere, e amministrativa in particolare, non può non riguardare questo contenuto.

Questa osservazione pare avere una sua rilevanza, ove si consideri che la corrispondenza esistente o meno tra contenuto di un atto, e suoi effetti, è posta dalla dottrina dominante

come elemento di discriminazione tra la categoria degli atti a carattere negoziale, e quella dei c.d. meri atti (28).

È appena il caso di osservare che questa tesi non si pone in contraddizione con la teoria di recente sostenuta, e qui accolta, secondo la quale il negozio privato deve essere delineato come l'atto normativo dell'autonomia privata, intesa come un ordinamento giuridico distinto da quello statale, per quanto da questo riconosciuto (29); al contrario, l'opinione per cui nel negozio gli effetti sono conformi al suo contenuto trova in questa teoria la propria spiegazione e giustificazione, giacchè il collegamento individuato non sarebbe comprensibile, se al negozio stesso non si riconoscesse carattere normativo, ossia non lo si considerasse come fonte « autonoma » dei propri effetti (30).

In base alle osservazioni che precedono, si può fin da ora precisare che nell'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su atti privati che è qui studiata, questi hanno sempre, si potrebbe dire per definizione, carattere negoziale. Sembra, però, che sia possibile individuare ancora con maggiore esattezza gli atti privati il cui contenuto può essere determinato dall'Amministrazione.

Nella dottrina civilistica, l'intera materia che si ricollega alla nozione di negozio giuridico è altamente contro-

(28) Tutta la questione del modo di produzione degli effetti derivanti da atti privati, negoziali e non, sarà ripresa successivamente (cfr., *infra*, pagina 148 ss.); qui pare opportuno mettere in evidenza, per interessanti collegamenti, la tesi sostenuta da un amministrativista, per cui gli atti aventi carattere negoziale si differenzerebbero dai meri atti giuridici, giacchè essi, a differenza di questi, produrrebbero effetti conformi alla loro causa (MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 133).

(29) SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, Milano 1957, *passim*, ma specialmente pag. 78 ss.; sull'argomento, comunque, si tornerà più ampiamente in seguito: cfr. *infra*, pag. 151 ss.

(30) Sul punto, cfr. più ampiamente, *infra*, pag. 152.

versa, e a questo stato di incertezza non si sottrae la stessa enumerazione degli atti che avrebbero carattere negoziale, condotta prescindendo da qualsiasi esigenza di definizione del concetto.

D'altra parte, seguendo la teoria qui accolta, che configura il negozio come la norma dell'autonomia privata, la categoria degli atti negoziali risulterebbe assai ristretta, e praticamente comprenderebbe solo il contratto e il testamento (31); ora, poichè, ovviamente, non crediamo che occorra spendere molte parole per dimostrare, tranne casi del tutto sporadici (32), la irrilevanza del testamento, dall'angolo visuale del nostro lavoro, sembra di poter concludere senz'altro che i negozi privati, il cui contenuto sia parzialmente determinato da atti amministrativi, abbiano in linea di massima carattere contrattuale.

Restano in tal modo distinti dall'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su atti privati che è qui studiata, tutti quei casi nei quali un atto amministrativo incide su un atto privato che non ha carattere contrattuale, anche se esso è posto in essere nell'esecuzione, o per l'esecuzione di un contratto.

A maggior ragione, restano parimenti esclusi quei casi, nei quali l'effetto finale è prodotto da un atto statale, sia pure emanato sulla base di un atto privato dal carattere da ultimo indicato: tra questi casi, si citeranno gli esempi della iscrizione di ipoteche su miniere e sulle loro pertinenze, la quale è sottoposta ad autorizzazione ministeriale (33); il se-

(31) SALVATORE ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

(32) Tra questi si può ricordare, per esempio, il caso della c.d. minima unità culturale (su cui cfr., *infra*, pag. 132): questa vale anche per i trasferimenti *mortis causa*.

(33) R.D. 29 luglio 1927, n. 1443, art. 22; norma analoga è contenuta nell'art. 30 della l. sic. 1 ottobre 1956, n. 54; tra gli scarsissimi scritti sul-

questro di materiali e di vetture di proprietà del concessionario di un pubblico servizio di trasporti, e adibite a questo scopo, che parimenti è sottoposto ad autorizzazione amministrativa (34 (35); l'esecuzione di sentenze di sfratto dai locali adibiti ad esercizio di farmacie, la quale non può aver luogo senza autorizzazione prefettizia (36).

S'intende, che le considerazioni che precedono in tanto possano essere ritenute accettabili, in quanto ci si muova su un piano che è di larga semplificazione della problematica relativa ai vari criteri di classificazione degli atti privati.

D'altra parte, una semplificazione del genere è tassativamente imposta dallo stato di crisi in cui versa la dottrina sull'argomento, i cui risultati, perciò, hanno un carattere di notevole incertezza.

Anzitutto, si può osservare che, sulla base tuttora prevalente di una concezione del negozio privato come atto costitutivo di rapporti delineato in un quadro di formule dubitative della stessa definizione di autonomia privata, si è andato gradatamente affermato il favore verso una precisa configurazione di questa, come la nozione base per una valutazione dei negozi privati, e, in pari tempo, verso concezioni

l'argomento, v. di recente quello di ABBATE, in *Sinossi giuridica* 1957, 17 ss.; cfr. anche le brevi considerazioni di SIMONCELLI, *La riforma del diritto minerario italiano*, Roma 1931, vol. I, pag. 828.

(34) Cfr. Cass., 18 febbraio 1960, n. 264, in *Mass. Foro amm.*, 1960, I, 21.

(35) Per un altro caso di interferenza, di malcerta classificazione, v. l'art. 4 della l. 1692 del 1936, sulla tutela dell'industria alberghiera, che richiede la preventiva comunicazione al Prefetto della disdetta da parte del locatore di albergo, comunicazione la quale, peraltro, interferirebbe solo nel giudizio esecutivo, e non in quello di cognizione: cfr. Cass. 21 ottobre 1959, n. 3009, in *Foro amm., Mass. Cass.*, 1959, 177.

(36) Cfr.: Cons. Stato, IV sez., 5 ottobre 1959, n. 887, in *Foro amm.*, 1959, *Mass. IV sez.*, 120, anche per la *ratio*, peraltro di tutta evidenza, della disciplina ricordata.

precettive, regolamentari, e addirittura normative, dei negozi stessi (37).

A sua volta, si è venuta inquadrando in questa stessa progressione di concetti, quella esigenza cui si è già accennato, di differenziazione degli atti privati negoziali, dagli altri atti privati non aventi questa natura: in questo panorama si inserisce l'ulteriore orientamento che propone in campo privato l'utilizzazione di nozioni che hanno trovato la loro massima utilizzazione nel diritto pubblico (38), configurando, quindi, una categoria di atti privati che sarebbero caratterizzati dalla loro natura amministrativa (39).

D'altra parte, anche sotto altro profilo la nozione di contratto appare attualmente controversa, almeno nei limiti nei quali essa è definita nelle norme, disparate ed eterogenee, contenute nel codice: infatti, la figura che da queste risulta, sembrerebbe applicabile, almeno da un punto di vista rigorosamente letterale, solo ai casi nei quali le parti non hanno solo il potere di costituire, ma anche quello di regolare e sciogliere un rapporto patrimoniale.

Proprio in relazione a questo profilo, quindi, può essere valutata un'altra profonda revisione dogmatica, che è attualmente in corso: quella nei confronti della figura dell'accordo, come nozione distinta dal contratto (40). L'indagine si rivela ricca di prospettive, in corrispondenza della molteplicità di atti e di figure, nella quale può essere scomposta la nozione di accordo: finora appaiono della massima

(37) Cfr., sul punto, le considerazioni di SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 17 ss.

(38) Cfr., in proposito, i rilievi di RETORTILLO, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pagine 732, 733.

(39) Cfr. sul punto: SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, pag. 90 ss. e *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano 1958, *passim*.

(40) SALVATORE ROMANO, *L'atto esecutivo. etc.*, cit., pag. 58 ss.

rilevanza attività pre-negoziali note con i concetti (anch'essi controversi) di proposta e di accettazione (41); ma si profilano anche altre figure, ad esempio promesse, domande, assunzioni; e da esse risulta che l'*iter* di formazione dell'accordo è per qualche aspetto diverso da quello di un semplice scambio di una proposta e di una accettazione; seguendo questo ordine di idee, può anche darsi che la nozione in parola possa trovare utilmente applicazione in materie di cui si discorrerà successivamente, ove queste siano valutate da un angolo visuale diverso da quello comune: ossia, il contratto di lavoro, e la costituzione del rapporto di ufficio privato, almeno nei limiti nei quali si neghi il carattere contrattuale della fonte di quest'ultimo.

Sempre proseguendo nel rilevare i vari criteri di distinzione nell'ambito degli atti privati, che affiorano nella dottrina più recente, si può ancora osservare che si tende ad operare delle differenziazioni tra gli stessi atti i quali, *lato sensu*, hanno carattere negoziale; infatti, da un lato, si delineano degli atti, cui spetta anzitutto la qualificazione negoziale, i quali sono regolatori in senso primario di rapporti giuridici; ed è proprio nella individuazione di questi tipici negozi-norma, che si è arrivati, come si è accennato, a restringere l'ambito di applicazione della nozione al solo testamento e al solo contratto. Ma questa tendenza restrittiva non nega l'esistenza di altri atti a carattere parimenti negoziale, sebbene eventualmente subordinati ai primi: sarebbero quegli atti che disciplinano, eventualmente nella fase esecutiva, quei rapporti la cui normativa primaria deriva dai negozi-norma quando non trovi la sua fonte direttamente nella legge: per esempio, le convenzioni sulla determina-

(41) Cfr. per l'inquadramento di questi atti nel procedimento di formazione del contratto, *infra*, pag. 52; v. anche, *ivi*, nelle note 11 e 12, le citazioni di SALVATORE ROMANO.

zione dell'ammontare di un risarcimento di un danno, atti di diritto familiare, transazioni, etc. (42).

E, infine, connesso con l'orientamento di cui alle susposte concezioni, un altro campo di osservazione appare offerto dalla tendenza allo sviluppo dell'autonomia privata in senso funzionale, e in contrapposizione al carattere di libertà che è correntemente ad essa attribuito. La connessione del carattere funzionale dell'autonomia privata acquista evidenza soprattutto nel campo delle attività private definite esecutive e che, appunto perchè tali, non appaiono libere (43). E anche recentemente si è ribadito l'aspetto funzionale dell'esercizio dei poteri e dei diritti in campo privato, che è dovuto alla interferenza degli interessi dei particolari ordinamenti, l'appartenenza ai quali del soggetto considerato volta a volta acquista rilevanza: ordinamenti familiari, aziendali, etc. (44).

Come si vede, il quadro che è offerto dalla dottrina civilistica è assai complesso, e per molti aspetti non univoco; così, per quanto in esso siano percepibili spunti di notevolissimo interesse, non è possibile cogliere delle precise conclusioni.

Perciò, se da un lato l'interesse della problematica sopra prospettata rende indispensabile un suo cenno, dall'altro le possibilità di utilizzazione di essa nel corso di svolgimento del presente lavoro sono piuttosto incerte; per

(42) Cfr. SALVATORE ROMANO, *L'atto esecutivo*, etc., cit., pag. 33 ss.

(43) Cfr. anche, da ultimo, le interessanti considerazioni di CANNADA BARTOLI (*Partecipazione di Comuni a comitati di diritto privato senza personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pag. 763 ss.), sul carattere esecutivo della attività di diritto privato posta in essere dall'Amministrazione.

(44) Cfr. SALVATORE ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pagg. 5, 6 in fine.

questa ragione, pur essendo opportuno che le considerazioni precedenti siano tenute presenti anche in seguito, il discorso sarà prevalentemente condotto secondo la semplificazione delle possibili classificazioni degli atti privati, che nella dottrina privatistica è pur sempre di più corrente impiego.

CAPITOLO II

SINGOLI CASI DI ATTI AMMINISTRATIVI CHE DETERMINANO ELEMENTI DI CONTRATTI PRIVATI

SEZIONE I

CASI DI DETERMINAZIONE DI ELEMENTI SOGGETTIVI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Scelta da parte dell'ufficio di collocamento di uno dei soggetti del contratto di lavoro, come caso particolarmente adatto ad illustrare l'ipotesi in esame. Considerazioni relative all'opportunità di considerare il procedimento di formazione del contratto di lavoro, da un lato, nel quadro dei procedimenti di formazione dei contratti privati, e dell'atto dell'ufficio di collocamento che vi concorre, dall'altro, nel quadro degli atti amministrativi. Descrizione della disciplina del collocamento della mano d'opera. - 3. Lo stato della dottrina sulla formazione del contratto di lavoro; cenno di varie tendenze, relativamente ai problemi di individuazione, negli atti delle due parti private e dell'ufficio di collocamento, dei due atti (offerta e accettazione), che concorrono, in generale, nella formazione del contratto privato. La funzione svolta dall'atto dell'ufficio di collocamento; le varie teorie sostenute al riguardo; rilievi critici. L'atto dell'ufficio di collocamento come determinazione di un elemento soggettivo del contratto di lavoro. Considerazioni sullo speciale carattere del caso di limitazione dell'autonomia negoziale che si esamina, dovuto al fatto che essa riguarda un singolo contratto, e non ha, perciò, la consueta portata generale. - 4. Considerazioni sui caratteri del potere dell'ufficio di collocamento. I criteri fissati dalla legge, cui l'ufficio stesso si deve attenere nel suo esercizio. Il margine di discrezionalità che ne risulta. Valutazione degli interessi privati, e soprattutto pubblici, che sono a fondamento della disciplina dell'esercizio del potere in esame. La possibilità di configurare delle situazioni giuridiche soggettive, della consistenza di interesse legittimo, tutelate mediante tale disciplina, tanto per il lavoratore quanto per il datore di lavoro. - 5. Cenno dell'orientamento dottrinale, volto a costruire in modo diverso i caratteri e gli effetti dell'atto dell'ufficio di col-

locamento, nell'ipotesi nelle quali, rispettivamente, il datore di lavoro possa presentare richiesta nominativa, o si debba limitare alla richiesta numerica. Rilievi critici. Nell'ipotesi di richiesta nominativa, l'atto dell'ufficio di collocamento è vincolato, ma la soppressione del margine di discrezionalità nell'esercizio, non sposta la natura del potere esercitato. Considerazioni sugli interessi che sono alla base del vincolo dell'ufficio di collocamento alla designazione del datore di lavoro, nell'ipotesi di richiesta nominativa; loro valutabilità tanto da un punto di vista privatistico, quanto da un punto di vista pubblicistico. - 6. Considerazioni conclusive sull'interferenza di un atto amministrativo su un negozio privato, condotte con particolare riguardo al caso in cui il limite dell'autonomia negoziale che ne deriva, concerne un singolo contratto. L'atto amministrativo è posto in essere sulla base di un procedimento amministrativo, e in funzione di interessi pubblici. Sua inserzione nel procedimento di formazione del contratto privato, posto in essere da privati, in funzione di interessi privati. Gli svolgimenti delle autonomie pubblica e privata, e loro punto di incontro. Cenni sulla grande rilevanza del tema, e sulla sua scarsa elaborazione dottrinale. - 7. Richiamo di altri casi di determinazione di un elemento soggettivo di un contratto privato, da parte della pubblica Amministrazione. In particolare, cenni sulla possibilità che ha l'Amministrazione, d'imporre certi criteri di priorità di forniture, agli esercenti di determinate attività di interesse pubblico. Cenni sulle questioni relative alla vigenza attuale delle norme considerate, e conclusione nel senso della scarsa rilevanza di tali questioni, dato il valore comunque attribuibile ai casi richiamati, in ordine ad una loro valutazione da un punto di vista di tipologia di interferenze di atti amministrativi su contratti privati. Cenni sul collegamento dei casi considerati con rapporti di concessione o di autorizzazione esistenti tra l'Amministrazione e i soggetti sui quali grava l'obbligo in parola. Rilievi sulla possibilità di ricomprendere i casi considerati nell'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su contratti privati, cui è dedicato il presente lavoro. - 8. Considerazioni relative a casi, nei quali la determinazione di un elemento soggettivo di un contratto privato costituisce un effetto che solo indirettamente si ricollega ad un atto amministrativo. L'iscrizione di professionisti negli ordini professionali. L'attribuzione ai soggetti iscritti di uno *status* nell'ordinamento professionale come principale effetto dell'atto di iscrizione. La possibilità di stipulare contratti di prestazione d'opera professionale come effetto indiretto di tale atto. La nullità dei contratti di prestazione d'opera professionale stipulati da non iscritti negli albi professionali. Considerazioni sulle cause di tale nullità: l'iscrizione nell'albo come determinazione dei soggetti che possono stipulare contratti di opera professionale, oppure come determinazione dei soggetti che possono prestare opera professionale. Qualunque sia l'opinione accolta, sussiste un collegamento del caso qui considerato, con l'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su contratti privati: l'alternativa giuoca solo nel senso di stabilire se l'atto amministrativo incide su un elemento

soggettivo oppure su un elemento oggettivo del contratto. Cenno conclusivo sul possibile riflesso sulla capacità a stipulare un contratto d'opera professionale, della capacità a prestare tale opera, data la c.d. personalità della prestazione d'opera.

1. Pare opportuno, arrivati a questo punto, accennare brevemente ad alcuni casi nei quali atti amministrativi determinano elementi di contratti privati, secondo l'ipotesi che si è precisata nei suoi aspetti salienti nel capitolo precedente.

Si ripete che i casi cui si accennerà in tal modo, avranno solo valore illustrativo dell'ipotesi prospettata nel presente lavoro; perciò essi, da un lato, sono solamente esemplificativi di una realtà normativa di ben maggiori proporzioni, e dall'altro sono esaminati, per quel che riguarda la loro disciplina, solo entro i limiti che si ricollegano strettamente all'angolo visuale dal quale si sviluppa la nostra analisi della materia.

Lo schema di classificazione dei casi che si vogliono qui richiamare, pare debba essere ricalcato sullo schema di cui usualmente si servono i civilisti, nella sistemazione degli elementi del contratto; più precisamente, sembra opportuno raggruppare i casi in esame, sulla base dell'elemento del contratto, sul quale essi vengono ad incidere; per tale ragioni, si inizierà, anzitutto, dai cenni dei casi nei quali un atto amministrativo interferisce nella determinazione dell'elemento soggettivo del contratto.

2. Tra tali casi, quello che pare avere maggiore importanza è senza dubbio la determinazione di uno dei soggetti del contratto di lavoro, in cui si traduce la disciplina del collocamento della mano d'opera; si tratta di un tema assai interessante, sul quale converrà soffermarsi, anche perchè esso si presenta particolarmente idoneo ad illustrare gli

aspetti salienti dell'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su contratti privati, che vuole essere qui analizzata.

Taluno potrà sorprendersi del richiamo della disciplina del collocamento della mano d'opera, a proposito di uno studio dedicato, appunto, alla interferenza di attività amministrativa su attività negoziale privata; e le possibili ragioni di questa sorpresa potrebbero essere ricercate, forse, nella tendenza a considerare maggiormente l'attività di collocamento in relazione al profilo privatistico della stipulazione del contratto di lavoro, piuttosto che inquadrata tra le attività che l'Amministrazione pone in essere, per il perseguimento di un concreto fine di utilità generale.

Inoltre, si deve anche aggiungere che, per quanto sia diffuso il rilievo del carattere scarsamente unitario del diritto del lavoro, e dello stretto collegamento di alcune sue parti col diritto privato, e col diritto amministrativo, sta di fatto che esso tende inevitabilmente ad elaborare i propri concetti, svalutando l'importanza di tale rilievo; e a questo orientamento si accompagna, d'altra parte, la scarsa considerazione, rispettivamente da parte dei privatisti e dei pubblicisti, di quegli istituti di diritto del lavoro, che pure immediatamente alla loro materia si ricollegano: prova ne sia che sarebbe pressappoco impossibile rinvenire traccia nelle trattazioni civilistiche sulla formazione del contratto, della intermediazione obbligatoria di un organo amministrativo, come l'ufficio di collocamento, che si ha per il contratto di lavoro; e, correlativamente, non risulta che gli amministrativisti abbiano tenuto conto, nella elaborazione della nozione di atto amministrativo, di quell'attività che in tal caso è posta in essere da questo organo.

Pare peraltro opportuno, nella valutazione del fenomeno generale dell'interferenza di atti amministrativi su contratti privati, tener conto di tutti i casi che si possono ri-

comprendere in tale ipotesi, superando ogni più ristretta impostazione, dovuta a partizioni della materia che per qualche aspetto sono solo di comodo, e quindi sul piano scientifico arbitrarie.

Il dato normativo sul collocamento della mano d'opera, almeno nelle sue grandi linee, è generalmente noto (1): da un lato, il lavoratore in cerca di una occupazione, perchè disoccupato, o perchè desideroso di mutare quella che ha, deve iscriversi in apposite liste, che sono tenute dagli uffici di collocamento; questi uffici, nell'esercizio delle proprie funzioni, hanno una competenza territoriale che è determinata dal luogo di residenza del lavoratore da iscrivere (2).

Dall'altro lato, il datore di lavoro che desideri assumere dei lavoratori subordinati, all'infuori di qualche caso particolare, indicato dalla legge con una elencazione che è generalmente considerata tassativa (3), non può procedere ad una assunzione diretta, ma deve rivolgere una corrispondente richiesta all'ufficio di collocamento.

Tale richiesta, in casi particolari, anche qui indicati tassativamente dalla legge (4), può contenere l'indicazione nominativa del prestatore di lavoro, che il datore di lavoro intende assumere; altrimenti, come è la regola generale, essa deve contenere solo il numero dei lavoratori desiderati, oltre, s'intende, l'indicazione della loro categoria e della loro qualifica professionale.

(1) La legge fondamentale, attualmente vigente, è la l. 29 aprile 1949, n. 264, sull'avviamento al lavoro e l'assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati.

(2) Art. 8 della legge citata.

(3) La legge prevede i casi del coniuge, dei parenti e affini entro il quarto grado del datore di lavoro; del personale avente funzioni direttive; dei portieri, dei domestici, e, in genere, delle persone addette ai servizi familiari; e vari altri casi: v., per il dettaglio, l'art. 11 della legge citata.

(4) Art. 14, n. 3 della legge citata.

In base all'atto del datore di lavoro, l'ufficio di collocamento, nell'ipotesi di richiesta nominativa, ove questa rientri nella previsione legislativa, e sia così accoglibile, concede il nulla osta per la stipulazione del contratto di lavoro tra il datore di lavoro e il lavoratore da questi indicato.

Nell'ipotesi, invece, in cui la richiesta sia solamente numerica, l'ufficio di collocamento provvede a designare i lavoratori che dovranno essere assunti, scegliendoli tra quelli iscritti nelle liste, secondo determinati criteri preferenziali che si trovano precisati dalla legge (5): carico familiare; anzianità di iscrizione nelle liste; situazione economica, anche in relazione a quella dell'intero nucleo familiare, e allo stato di occupazione o meno dei suoi membri; altri elementi di valutazione, come, per esempio, la situazione sanitaria dei componenti del nucleo familiare.

Il datore di lavoro, dal canto suo, è obbligato ad assumere i lavoratori in tal modo designati dall'ufficio di collocamento; questo obbligo è escluso in un solo caso, tassativamente previsto dalla legge (6): quando, cioè, il lavoratore designato sia stato in precedenza licenziato per giusta causa dallo stesso datore di lavoro.

Esposti, in tale schematico modo, i tratti fondamentali della disciplina del collocamento, appare inutile, in questa sede, soffermarsi sui motivi di ordine generale che stanno alla base di tale regolamentazione, tanto più che, in seguito, si dovranno indicare analiticamente gli interessi pubblici che con l'atto dell'ufficio di collocamento vengono perseguiti; parimenti, pure per i motivi di cui si è sopra detto, sembra superfluo accennare anche alle questioni di costituzionalità di tale disciplina, questioni che sono già sorte, con pro-

(5) Art. 15, n. 4 della legge citata.

(6) Art. 15, penultimo comma, della legge citata.

pri caratteri particolari (7): converrà affrontare subito l'aspetto saliente di essa, e cioè l'atteggiarsi della interferenza dell'atto dell'organo amministrativo, sul contratto di lavoro, cercando di ricostruirne il meccanismo.

3. Sulla natura e sugli effetti dell'attività dell'ufficio di collocamento nella conclusione del contratto di lavoro, si è già formata una imponente letteratura, che, per le sue proporzioni, non può essere esaminata analiticamente (8).

Limitandoci a porre in evidenza i tratti fondamentali, si può notare subito che la maggior parte della elaborazione dottrinale del dato normativo sopra sommariamente descritto, si svolge partendo da una impostazione uniforme: il ragionamento, cioè, è usualmente condotto partendo da un richiamo, espresso o tacito, del normale modo di formazione del contratto privato, e si sviluppa attraverso una individuazione degli aspetti da esso difforni, che si devono registrare nell'analisi dello specifico procedimento di conclusione del contratto di lavoro; praticamente, divergono da questa impostazione solo quelle teorie, le quali sono portate a svalutare il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro, o

(7) La Corte costituzionale (con sentenza n. 53, del 17 aprile 1957; vedila pubblicata in *Giur. cost.*, 1957, pag. 636), ha già esaminato, e risolto positivamente, la legittimità costituzionale della esposta disciplina sul collocamento della mano d'opera. valutata in relazione agli artt. 2 (diritti fondamentali dell'uomo); 3 (principio di uguaglianza tra i cittadini); 4 (diritto al lavoro); 16 (diritto di libera circolazione e soggiorno) della Costituzione.

(8) Limitando all'essenziale le citazioni bibliografiche, oltre alle parti dedicate all'argomento nei manuali, e, in genere, nelle trattazioni generali, si possono qui citare i seguenti studi a carattere monografico: MAZZONI, *La disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro e dell'emigrazione* (contenuta nel vol. III del *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi*), 3^a ed., Padova 1959, pag. 67 ss.; NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, Milano 1954, specialmente pag. 16 ss.; GASPARRI, *Il collocamento dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1940, I, 220 ss.; BRANCA (GIORGIO), *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, I, 243 ss.

sopravvalutando la prestazione di mero fatto da parte del lavoratore, oppure facendo derivare la costituzione del rapporto da un atto giuridico, che peraltro è delineato con caratteri non contrattuali; tali teorie, comunque, se sono abbastanza diffuse all'estero, e soprattutto in Germania, non pare che abbiano trovato in Italia un gran seguito (9).

Ad ogni modo, il meccanismo di formazione del contratto in generale è richiamato quanto mai schematicamente, e su un piano essenzialmente istituzionale: esso è delineato, cioè, come l'incontro dei due consensi, o, più esattamente, come l'incontro dell'offerta del proponente, con l'accettazione dell'oblato, con la conseguente fissazione del momento di perfezionamento del contratto, in relazione alla conoscenza di tale accettazione da parte del proponente (10).

Se questa, ripetiamo, è la descrizione a livello istituzionale del meccanismo di formazione del contratto privato, può suggerire utili precisazioni, peraltro, anche sotto il ristretto profilo qui considerato, la valutazione dei risultati cui è pervenuta la più progredita analisi sulla natura degli atti privati che concorrono nella formazione del negozio, natura che è definita come non negoziale (11); e, soprattutto, una più esatta puntualizzazione delle varie fasi di svolgimento di quel processo di formazione del negozio, che deve essere considerato come un vero e proprio procedimento di diritto privato (12); ma si riprenderà in seguito l'accento a questa configurazione, e alle sue possibili conseguenze, anche in ordine alla materia qui esaminata.

(9) Per una esposizione dello stato della dottrina sul punto, v. per tutti: BARASSI, *Il diritto del lavoro*, 2ª ed., Milano 1957, vol. I, pag. 301 ss.

(10) Cfr. art. 1326 cod. civ.

(11) SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 82 ss., v. anche, *amplius*, *op. loc. cit.* alla nota successiva.

(12) SALVATORE ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano 1958, pag. 50 ss.

Proseguendo nei riferimenti allo stato della dottrina, relativamente alla formazione del contratto di lavoro, si può ancora aggiungere che essa, in correlazione alla schematica puntualizzazione del normale modo di formazione dei contratti in generale, tende a schematizzare e a limitare al massimo anche la successione degli atti che concorrono nella conclusione del contratto di lavoro in particolare, e ciò anche per evidenti esigenze di comparazione.

Di solito, nella puntualizzazione della formazione del contratto di lavoro, si prescinde da una diretta considerazione di tutta una serie di atti che in un certo senso possono essere valutati come meramente preliminari alla stipulazione del contratto: quegli atti, cioè, che si riferiscono al procedimento di iscrizione nelle liste dell'ufficio di collocamento, del lavoratore in cerca di occupazione.

Seguendo questa impostazione restrittiva, la successione degli atti che è presa comunemente in considerazione, per la perfezione del contratto di lavoro, può essere così sommariamente descritta: un atto del datore di lavoro (richiesta, numerica o nominativa secondo i casi, dei lavoratori da assumere, rivolta all'ufficio del lavoro); un atto dell'ufficio di collocamento (assegnazione dei lavoratori scelti dall'ufficio stesso, nel caso di richiesta numerica, o nulla osta all'assunzione dei lavoratori indicati dal datore di lavoro, nel caso di richiesta nominativa); un atto o, forse, più esattamente, un comportamento rilevante per la stipulazione del contratto, del lavoratore nei cui confronti l'ufficio di collocamento ha emesso l'assegnazione, o il nulla-osta, che si reca dal datore di lavoro; infine, un altro atto del datore di lavoro (la c.d. assunzione), i cui caratteri, e la cui stessa configurabilità, peraltro, sono assai discussi.

Non vi è dubbio che concentrando l'attenzione sugli atti indicati, la valutazione che si può fare della formazione del

contratto di lavoro è piuttosto ristretta; e la portata di una limitazione del genere risulterà più chiara da successive considerazioni.

Per il momento, peraltro, l'enumerazione degli atti adesso svolta, può servire per valutare un aspetto senz'altro assai marcato nella dottrina relativa alla formazione del contratto di lavoro: l'aspetto, cioè, cui si è già accennato, della comparazione di questo, con la formazione dei contratti in generale.

Una comparazione del genere, non può avvenire che in un senso: cercando di rinvenire, cioè, i due atti che fondamentalmente concorrono nella formazione del contratto in generale (l'offerta e l'accettazione), nella successione degli atti relativi alla conclusione del contratto di lavoro che si è sopra descritta; e questa individuazione presenta veramente non poche difficoltà.

Accennando alle maggiori cause di incertezza che regnano in dottrina al riguardo, si può notare che se si considera come offerta contrattuale la richiesta del datore di lavoro, dovrebbe essere valutato come accettazione o l'atto dell'ufficio di collocamento, oppure il comportamento del lavoratore designato; in ogni caso, comunque, il contratto si dovrebbe ritenere perfezionato, al più tardi, con la presentazione del lavoratore al datore di lavoro; ma allora non è ben chiaro quale sarebbe il valore giuridico della c.d. assunzione, successiva a tale presentazione; assunzione che in tal modo si dovrebbe considerare estranea e posteriore alla conclusione del contratto: e a parte i dubbi che si potrebbero avere, circa questa svalutazione della portata di tale atto, non si vede su quali basi sarebbe possibile la costruzione del rifiuto di assunzione, che è consentito dalla legge, come si è detto, quando il lavoratore scelto dall'ufficio di collocamento sia

già stato licenziato in precedenza per giusta causa, dal datore di lavoro cui egli è stato assegnato.

Nè il procedimento di formazione del contratto di lavoro appare molto più chiaro, se si considera l'assunzione del lavoratore da parte del datore di lavoro, come il momento perfezionativo del contratto stesso: infatti, partendo da questa impostazione, tale assunzione dovrebbe essere configurata come accettazione di una offerta, la quale potrebbe essere individuata solo nel comportamento del lavoratore che si reca dal datore di lavoro; ciò comporta, d'altra parte, che il primo atto del procedimento, ossia la richiesta all'ufficio di collocamento da parte del datore di lavoro, dell'assegnazione, o del nulla-osta all'assunzione, non possa essere delineato come un'offerta, e i suoi caratteri dovrebbero essere individuati secondo la nozione dell'invito a offrire, o concetti affini. Anche seguendo questo ordine di idee, peraltro, sarebbe da registrare qualche deviazione dai principi generali: infatti, dal momento che la legge ammette il solo caso sopra indicato di rifiuto di assunzione dei lavoratori assegnati dall'ufficio di collocamento, l'invito a offrire avrebbe un carattere vincolante che non gli è proprio, e che è previsto dal codice civile solo per l'offerta vera e propria (v. art. 1329) (13).

Le considerazioni che precedono non tanto tendono ad avviare a soluzione le delicate questioni prospettate, quanto mirano ad indicare le incertezze con le quali si può delineare il procedimento di formazione del contratto di lavoro, anche se si restringe la valutazione degli atti che vi concorrono, a quelli soli posti in essere dalle parti private.

In linea di principio, le complicazioni non possono che

(13) Per una esposizione dello stato della dottrina su tali questioni, v. NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, cit., pag. 43 ss.

umentare, ove si introduca nel complesso quadro l'ulteriore elemento, costituito dall'atto proveniente dall'ufficio di collocamento, elemento che, sotto qualche aspetto, acquista un tono dominante.

Alle controversie che si riferiscono al momento perfezionativo del contratto di lavoro, si contrappongono le non meno vive e numerose dispute, relative al ruolo che rispetto alla conclusione di tale contratto svolge l'atto dell'ufficio di collocamento, sia esso di assegnazione di lavoratori richiesti solo numericamente, oppure di nulla osta all'assunzione di lavoratori indicati anche nominativamente.

Le teorie sostenute al riguardo sono assai numerose: sembrando opportuno, per ragioni di economia del presente lavoro, non procedere in questa sede ad un loro esame analitico, da un lato si preferisce rinviare ad accurate e complete esposizioni dello stato della dottrina già da altri svolte, e rispetto alle quali ogni ulteriore indicazione sarebbe superflua (14); d'altro canto, è sufficiente, ai fini dello svolgimento del nostro studio, tentare di individuare le note dominanti che si possono rinvenire nel panorama delle varie opinioni.

Diciamo subito che la maggior parte delle numerose teorie sostenute in dottrina sull'argomento, possono essere classificate secondo due tendenze, alle quali in vario modo esse si ricollegano, tendenze che sono orientate verso una accentuazione più o meno marcata, e sia pure secondo schemi non omogenei, di due diversi aspetti della funzione che potrebbe essere attribuita all'atto dell'ufficio di collocamento, in ordine alla conclusione del contratto di lavoro; la possibilità di una valutazione complessiva di tali orientamenti

(14) Cfr., per tutti, il già citato studio di BRANCA (GIORGIO), *Il procedimento di collocamento, etc.*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, I, 287 ss.

dottrinali, fa ritenere quindi persino inutile in questa sede, quell'esame analitico delle singole opinioni, che già si era sopra considerato come inopportuno.

Secondo la prima delle due tendenze cui si è accennato, la funzione dell'ufficio di collocamento andrebbe delineata come quella di un diretto concorso nella formazione del consenso contrattuale. Sembra possibile svolgere qualche breve rilievo che potrebbe essere così articolato: si può sempre discutere se il rapporto di lavoro abbia o meno un fondamento contrattuale; ma, ove si accolga l'orientamento assolutamente predominante nella dottrina italiana, secondo il quale a tale problema va data risposta affermativa, non pare che le incidenze pubbliche sia pure notevolissime che sono da rinvenire rispetto alla formazione dell'atto costitutivo del rapporto di lavoro, la cui natura sia stata così precisata, siano tali da spostare un principio fundamentalissimo che vale in materia contrattuale: il principio, cioè, per cui il contratto si perfeziona, con l'incontro dei consensi delle parti, senza che rilevi, *rispetto alla perfezione del negozio*, il concorso della volontà di un terzo soggetto, che non è parte del contratto stesso.

Dall'esposizione medesima dei rilievi critici che si possono rivolgere alla prima tendenza dottrinale indicata, balzano subito le linee principali, lungo le quali si svolge il secondo degli orientamenti cui si è accennato: quest'ultimo attribuisce all'atto dell'ufficio di collocamento un ruolo che non è più intrinseco, rispetto alla formazione del contratto, ma è estrinseco, nei confronti di questa; l'atto dell'ufficio permette la conclusione di un contratto, che è posto in essere esclusivamente dalle due parti private, e perciò, sia esso assegnazione, oppure nulla-osta, elimina caso per caso quel che può essere considerato un divieto generale a contrarre, un ostacolo all'esercizio dei poteri negoziali privati; in ultima

analisi, l'atto in parola non potrebbe non avere il carattere di autorizzazione, e dovrebbe essere delineato ricalcando quella nozione elaborata dagli amministrativisti, e che pone l'accento sulla rimozione di un ostacolo all'esercizio di un diritto o di un potere, che di per sè preesiste nel soggetto autorizzato, all'emissione dell'autorizzazione stessa (15).

Anche qui, peraltro, è possibile svolgere rapidamente alcune considerazioni critiche: tentare la ricostruzione dei caratteri dell'atto dell'ufficio di collocamento, solo sulla base di un suo effetto, quale quello di rendere possibile la stipulazione del contratto di lavoro, pare restringere in maniera eccessiva la sua portata, che per altro verso appare assai maggiore.

Infatti, l'atto dell'ufficio di collocamento, più che rendere possibile la stipulazione del contratto, svolge anzitutto la funzione di individuazione di uno dei contraenti del contratto stesso, e precisamente del prestatore di lavoro; questa funzione è particolarmente marcata nell'ipotesi nella quale la richiesta del datore di lavoro sia solo numerica, e quindi l'atto dell'ufficio di collocamento sia di assegnazione, ma, come si vedrà tra poco, sussiste anche nell'altro caso, in cui il datore di lavoro presenti richiesta nominativa, e quindi l'atto suddetto sia un nulla-osta.

D'altra parte, anche volendo accentuare l'effetto che avrebbe l'atto dell'ufficio di collocamento, di permettere la

(15) Cfr., però, la diversa definizione di autorizzazione proposta da MIELE, per cui tale atto « importa il conferimento di un potere o di una facoltà sulla base di un diritto o altro titolo di legittimazione sostanziale preesistente » (*Impugnativa dell'autorizzazione a istituire gli speciali tributi di cui all'art. 10 del D.L. 29 marzo 1947, n. 177, in Corr. amm., 1952, 59*); è appena il caso di far rilevare l'evidente collegamento di tale definizione dell'autorizzazione, con la nozione di potere giuridico dallo stesso autore sostenuta: cfr. *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 45 ss.).

stipulazione del contratto, è da dimostrare che si possa attribuire sulla base di esso carattere autorizzativo all'atto stesso; infatti, pur ammettendo che, una volta intervenuto tale atto, è possibile un'attività che altrimenti sarebbe illecita, non pare giustificato per ciò solo considerare esso come una autorizzazione: altrimenti bisognerebbe applicare questa nozione in tutti i casi nei quali una data attività, prima illecita, diventa lecita se è basata su un atto amministrativo, e se si seguisse questo ordine di idee, verrebbe a cadere ogni elemento di distinzione tra l'autorizzazione e, per esempio, la concessione, o l'ammissione, svuotando di ogni utilità la nozione stessa.

Si potrebbe proseguire ancora in una valutazione e critica delle due tendenze che si sono individuate come le preminenti nello stato della dottrina, per quel che riguarda la funzione dell'atto dell'ufficio di collocamento, e, eventualmente, si potrebbe anche scendere all'esame di qualche singola opinione; peraltro, sembra sufficiente fermarci qui nell'analisi delle teorie sostenute, e pare più opportuno tentare di sviluppare quello spunto ricostruttivo che è già apparso dalle considerazioni sopra svolte.

L'aspetto di gran lunga più saliente della funzione svolta dall'atto dell'ufficio di collocamento, è senza dubbio quella di individuazione di uno dei contraenti del contratto di lavoro (16).

Questa osservazione deve essere completata con il ri-

(16) In questo senso: v.: BRANCA (GIORGIO), *Il procedimento di collocamento*, etc., cit., in *Riv. dir. lav.*, 1957, I, 295 ss.; questo autore, peraltro, riferisce tale opinione alla sola ipotesi in cui il datore di lavoro rivolga richiesta numerica, e quindi l'atto dell'ufficio di collocamento abbia carattere di assegnazione, e non all'altra ipotesi, di richiesta nominativa, nella quale l'ufficio del lavoro emana un nulla osta; sulla possibilità di una valutazione unitaria di ambedue queste ipotesi, cfr., *infra*, nel testo, pag. 67 ss.

chiamo relativo alle conseguenze della stipulazione di un contratto di lavoro, con un lavoratore non indicato dall'ufficio di collocamento: come si sa, queste conseguenze si traducono nella annullabilità del contratto stesso (17).

Sembra che da questi due elementi, valutati congiuntamente, una sola conseguenza discenda, assai chiara: e cioè che l'indicazione dell'ufficio di collocamento deve essere configurata come una limitazione apposta all'autonomia negoziale delle parti, nel senso che il contratto di lavoro può essere stipulato *solo* col lavoratore designato dall'ufficio stesso.

Nè sposta questa conclusione, la disposizione per la quale il datore di lavoro non solo può, ma anche deve assumere il lavoratore designato dall'ufficio di collocamento, con l'unica eccezione sopra indicata; infatti, in qualsiasi modo si voglia delineare questo vincolo del datore di lavoro che ha presentato richiesta numerica all'ufficio di collocamento, una cosa pare chiara: e cioè che esso non può essere inquadrato in quel complesso di motivi, per i quali la legge prevede una eventuale irrevocabilità dell'offerta contrattuale; l'obbligo di assunzione è imposto esclusivamente al fine di rendere effettivamente vincolante la designazione dell'ufficio di collocamento. È evidente, infatti, che tale designazione sarebbe svuotata di ogni rilevanza pratica, se il datore di lavoro vi si potesse sottrarre, rifiutando l'assunzione; o, per lo meno, in questo caso, quel che nell'intenzione del legislatore sarebbe una disposizione imperativa di un organo amministrativo, si tradurrebbe solo in una designazione del lavoratore, compiuta col consenso del datore di lavoro.

Non vi è dubbio che la costruzione della designazione dell'ufficio di collocamento come un limite imposto all'autonomia privata, stupisce soprattutto perchè questo limite non

(17) Art. 2098 cod. civ.

ha, come di solito, il carattere della generalità, ma riguarda un singolo contratto; peraltro, l'individuazione della possibilità che l'ordinamento statale, ovviamente mediante atti amministrativi, possa imporre all'autonomia privata anche dei limiti relativi a singoli negozi, pare costituire uno dei più notevoli risultati, che derivano dall'inquadramento dell'atto dell'ufficio di collocamento, nella categoria degli atti della Amministrazione che interferiscono sull'attività negoziale privata, determinando il contenuto del negozio stesso; e i corollari deducibili da questa individuazione, in un quadro di più vaste prospettive, paiono facilmente intuibili, specie in ordine alla stessa problematica che concerne la natura normativa o esecutiva di un atto giuridico.

Ad ogni modo, in base alle considerazioni che si sono svolte, pare possibile ritenere acquisito, nello svolgimento del presente lavoro, l'inquadramento suddetto; e proprio per illustrare meglio i caratteri di quell'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su negozi privati che qui specificamente si analizza, converrà tentare una più completa ricostruzione del procedimento di formazione del contratto di lavoro, partendo dall'angolo visuale in tal modo prospettato.

4. Naturalmente, una ricostruzione del genere deve partire da una piena valutazione dell'atto dell'ufficio di collocamento, come atto amministrativo, traendo da questa identificazione tutte le conseguenze che sono da essa deducibili, ma che non sono state ordinariamente poste in evidenza dalla dottrina, che pur non disconosce questa natura dell'atto in esame.

L'atto dell'ufficio di collocamento è un atto amministrativo, che è posto in essere per il perseguimento di specifici interessi pubblici; e l'individuazione dei suoi caratteri, e di

questi interessi, non può essere compiuta senza una valutazione di quello che è il procedimento di emanazione dell'atto stesso, da inquadrarsi nella nozione di procedimento amministrativo; nella sua precisazione, si devono considerare proprio quegli atti che di solito vengono trascurati, nell'analisi della formazione del contratto di lavoro, ossia quegli atti che precedono la sua stipulazione.

Il procedimento si inizia con la richiesta di iscrizione nelle liste tenute dall'ufficio di collocamento, da parte del lavoratore disoccupato, o comunque in cerca di occupazione; nel nostro caso, dunque, si deve registrare un procedimento amministrativo, che si apre su una istanza presentata da un soggetto privato, procedimento inquadrabile nell'usuale schema corrispondente, senza che al riguardo siano da farsi osservazioni particolari.

Successivamente a tale istanza del privato, si svolge la attività dell'ufficio di collocamento, la quale, anzitutto, si concreta nell'atto di iscrizione del lavoratore nelle liste corrispondenti.

L'atto ancora successivo del procedimento, è emanato sulla base di un'altra istanza presentata da parte di un privato: ossia, la richiesta del datore di lavoro.

Proseguiamo il discorso, tenendo conto, per il momento, del principio generale, per cui tale richiesta è solo numerica; l'adattamento del ragionamento anche all'ipotesi particolare di richiesta nominativa, sarà compiuto tra breve.

Dunque, quando la richiesta del datore di lavoro è solo numerica, l'atto dell'ufficio di collocamento si atteggia come una individuazione imperativa dell'altra parte del contratto di lavoro, ossia del lavoratore.

Questo atto appare come l'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, di determinare un elemento soggettivo del contratto in parola; esercizio, peraltro, che è tutt'altro

che arbitrario, giacchè la legge fissa dei criteri, di cui l'Amministrazione stessa deve tener conto al riguardo: come si è già accennato, la scelta del lavoratore da assegnare deve essere compiuta in relazione alla priorità di iscrizione nelle liste di collocamento, allo stato di bisogno dei soggetti considerati, alle condizioni economiche e sanitarie dei componenti il loro nucleo familiare, etc.; tutti questi criteri si traducono, in ultima analisi, in altrettanti vincoli apposti all'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione.

Alla base dell'atto dell'ufficio di collocamento, devono dunque essere posti gli esami degli elementi di fatto suddetti, esami alcuni dei quali non suscettibili di riduzione a meri meccanici accertamenti: si pensi, per esempio, alle considerazioni relative alle situazioni economiche e sanitarie dei componenti il nucleo familiare dei lavoratori da assegnare.

Ma i caratteri dell'esercizio del potere studiato possono essere analizzati nella loro giusta luce, al di là di questa prima osservazione, ove si consideri la funzione che svolgono i vincoli indicati.

Da un lato, il vincolo che attiene all'osservanza dell'ordine di priorità di iscrizione nelle liste, sembra essere posto prevalentemente, per quanto non esclusivamente, nell'interesse individuale dei singoli lavoratori in cerca di occupazione.

Dall'altro lato, gli altri vincoli, relativi allo stato di bisogno, alle condizioni economiche e sanitarie dei singoli lavoratori, e dei componenti il loro nucleo familiare, pur presentando una immediata relazione con l'interesse individuale di tali soggetti, sembrano avere una preponderante rilevanza pubblicistica; tali vincoli, infatti, sono posti anzitutto in funzione dell'eliminazione o almeno del lenimento delle cattive condizioni economico-sanitarie dei soggetti consi-

derati, ossia in funzione di scopi che attualmente sono da definirsi pubblici.

Per dirla più esattamente, sembra che essi, più che scopi autonomi, siano niente altro che aspetti diversi, semplici specificazioni, di un unico fine pubblico, di assicurare un minimo tenore di vita, (e anzi di elevarlo), alle classi meno abbienti in genere, e lavoratrici in particolare; fine, che se da un lato lo Stato italiano, con i connotati che risultano dalla Costituzione, ha assunto come proprio (18), dall'altro appare quello, in funzione del quale è stabilito che l'individuazione del lavoratore che sarà parte del contratto di lavoro, è riservata all'Amministrazione.

In sostanza, l'atto di assegnazione emanato dall'ufficio di collocamento si traduce in una scelta che l'Amministrazione opera, nella cerchia dei soggetti presi in considerazione in vista del migliore temperamento tra l'interesse individuale (la cui tutela è particolarmente avvertibile nell'obbligo di tener conto della priorità di iscrizione nelle liste), e gli interessi pubblici che il legislatore ha inteso tutelare, come si è sopra accennato. Non solo, ma la scelta dell'Amministrazione è anche basata su di una graduazione tra questi vari interessi pubblici (o, se si vuole, tra questi vari aspetti di uno stesso interesse pubblico), e su di un apprezzamento dell'*optimum* di soddisfazione di essi, fondato su una valutazione comparativa della loro importanza, e del *quantum* ogni singola, possibile scelta è in grado di soddisfarli.

Sulla base di queste considerazioni, non pare dubbio che il potere di cui si discorre sia tipicamente discrezionale; peraltro, nell'esercizio di tale potere, una scelta che sia non conforme ai criteri sopra indicati, può tradursi in un vizio

(18) In questo senso, cfr., da ultimo: SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata*, etc., cit., pag. 108 ss.

dell'atto che non è solo di merito, ma anche di legittimità, e che si ricollega a qualche figura dell'eccesso di potere; la precisazione dei limiti nei quali una scelta del genere comporta vizio di legittimità dell'atto, presuppone però un chiarimento di quegli aspetti dei rapporti tra vizio di merito e vizio di eccesso di potere, i quali, come si sa, sono ben lungi dall'essere sicuramente delineati in dottrina (19).

Naturalmente, dalla valutazione dei vincoli che sono apposti all'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, è assai breve passare alla considerazione delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli, che a tale esercizio corrispondono.

La dottrina del diritto del lavoro ha già rilevato che l'iscrizione nelle liste di collocamento è fonte, per il lavoratore, di posizioni giuridiche soggettive, che vanno precisate come diritti, obblighi, aspettative etc. (20).

(19) Limitando le citazioni ai più importanti studi di carattere monografico, si veda soprattutto, per la nozione di eccesso di potere: ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Scritti per Vacchelli*, Milano 1938, pag. 447 ss.; PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma 1932, vol. II, pag. 429; BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1; RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Cammeo*, Padova 1933, vol. II, pag. 383; cfr. anche le considerazioni di CASSETTA, in *Attività e atto amministrativo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pag. 312 ss. Per quel che riguarda il vizio di merito, v. soprattutto le monografie di AMORTH (*Il merito dell'atto amministrativo*, Milano 1939); CODACCI PISANELLI (*L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano 1940); OTTAVIANO (*Studi sul merito degli atti amministrativi*, *Annuario di diritto comparato*, vol. XXII); per la questione sulla rilevanza sostanziale o solo processuale della distinzione tra legittimità e merito, v., nel secondo senso: RESTA, *La « legittimità » degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 28 ss.; cfr., peraltro, la replica di CANNADA BARTOLI (*Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201 ss.), e le considerazioni su tale disputa, di CASSETTA (*Attività e atto amministrativo*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pagg. 310, 311).

(20) Cfr.: MAZZONI, *La disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro*, etc., cit., pag. 67.

Qui interessano soprattutto quelle posizioni che il lavoratore può vantare, rispetto all'esercizio del potere di assegnazione, e che, da un punto di vista privatistico, vengono definite come aspettative: in realtà, si tratta dell'interesse dei singoli lavoratori iscritti, ad essere designati come parti nel contratto di lavoro, e che viene tutelato non in modo diretto, ma solo attraverso l'imposizione all'Amministrazione, di determinati criteri di cui essa deve tener conto, nell'operare la propria scelta: come la dottrina amministrativista ha posto in luce, questo modo di tutela caratterizza una tipica situazione giuridica soggettiva, ossia l'interesse protetto, sia esso semplice o legittimo (21).

Nei limiti nei quali la non conformità dell'atto di assegnazione emanato dall'ufficio di collocamento, ai criteri fissati dal legislatore, si traduce in un suo vizio di merito, i lavoratori nei confronti dell'esercizio del potere corrispondente, possono vantare situazioni giuridiche soggettive che hanno la consistenza di interessi semplici (22).

Peraltro, come si è sopra accennato, tale non conformità può anche essere ricompresa in qualche figura di eccesso di potere, e quindi tradursi in un vero e proprio vizio di legittimità: nella misura nella quale questo si verifica, le situazioni giuridiche dei lavoratori iscritti nelle liste acquistano il carattere di interessi legittimi.

Infine, un'ultima osservazione in materia di situazioni giuridiche soggettive scaturenti dai vincoli che l'Amministrazione incontra, nell'esercizio del potere ad essa attribui-

(21) MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 53; per una esposizione dello stato della dottrina sulla controversa nozione di interesse legittimo, v. quanto avemmo già occasione di rilevare in *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, pag. 222 ss.

(22) Cfr., in questo senso: ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, 8^a ed., Milano 1958, pag. 190; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 57.

to: non vi è dubbio che i soggetti, in funzione (anche) del cui interesse la legge ha imposto i vincoli stessi, siano anzitutto i lavoratori iscritti nelle liste, e che perciò siano soprattutto questi, i titolari delle corrispondenti posizioni di interessi protetti, semplici o legittimi.

È da notare, peraltro, che l'esigenza dell'osservanza da parte dell'Amministrazione, dei vincoli in parola, può talvolta coincidere, almeno in linea di fatto, con l'interesse del datore di lavoro richiedente: si consideri, per esempio, la ipotesi nella quale, secondo le possibili scelte dell'ufficio di collocamento, possano venire assegnati lavoratori, rispettivamente di minore o maggiore capacità, oppure comunque più o meno graditi dal datore di lavoro.

Ora non si può escludere, almeno *in limine*, che anche le posizioni del datore di lavoro, rispetto all'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, possano venire configurate come interessi semplici o legittimi, comunque protetti attraverso il solito meccanismo dell'apposizione di vincoli all'esercizio di un potere altrui. La soluzione del problema in tal modo prospettato si ricollega ai profili di maggiore delicatezza della nozione di interesse protetto; in particolare, ai profili attinenti ai limiti di configurabilità di un interesse che, di fatto, sarebbe soddisfatto dall'osservanza di un vincolo apposto all'esercizio di un potere altrui, come un interesse, appunto, protetto dall'apposizione di tale vincolo.

5. Nell'analisi del procedimento amministrativo, il cui atto finale è costituito dall'atto dell'ufficio di collocamento, e nella valutazione degli interessi pubblici, che vengono mediante esso tutelati, si è finora condotto il ragionamento in relazione all'ipotesi normale, nella quale il datore di lavoro presenta una richiesta che è solo numerica, e quindi l'ufficio di collocamento opera una scelta del lavoratore da assegna-

re; crediamo, peraltro, che la funzione svolta dall'atto emanato da tale organo, nei confronti della formazione del contratto di lavoro, sia identica anche nell'ipotesi nella quale il datore di lavoro, nei casi ammessi dalla legge, presenti una richiesta nominativa: ossia, sembra che anche in tale ipotesi l'atto amministrativo determini il soggetto del contratto, fungendo da correlativo limite dell'autonomia negoziale.

Converrà dare brevemente conto di questa affermazione, giacchè nella dottrina del diritto del lavoro vi è una diffusa tendenza orientata verso la negazione della possibilità di una valutazione unitaria della rilevanza dell'atto dell'ufficio di collocamento, nei due casi rispettivamente di richiesta numerica o nominativa (23); ed è particolarmente sintomatico che anche chi sostiene che l'assegnazione costituisce la determinazione di uno dei contraenti del contratto di lavoro, tende ad attribuire all'atto che pone in essere l'organo amministrativo dietro richiesta nominativa del datore di lavoro, il semplice carattere di autorizzazione, di eliminazione, quindi, di un ostacolo preesistente, per il datore di lavoro, a contrarre con il lavoratore da lui stesso scelto (24).

La principale nota differenziale che si registra nelle ipotesi di richiesta nominativa, rispetto a quella di richiesta solo numerica, è che l'Amministrazione non può compiere una scelta del lavoratore da avviare al lavoro, ma è vincolata al riguardo alla designazione del datore di lavoro richiedente.

Se questo vincolo elimina il margine di discrezionalità, entro il quale l'Amministrazione può operare la propria scel-

(23) Cfr., per tutti: BARASSI, *Il diritto del lavoro*, cit., vol. II, pag. 138 e seguenti; per rilievi critici, cfr.: NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, cit., pag. 16 ss.

(24) Così: BRANCA (GIORGIO), *Il procedimento di collocamento*, etc., cit., in *Riv. dir. lav.*, 1957, I, 298 ss.

ta, non pare, però, che esso debba necessariamente portare ad una diversa configurazione della rilevanza e degli effetti che sono da attribuire all'atto amministrativo, nei confronti dell'autonomia negoziale delle parti: in realtà, malgrado la diversità di disciplina che si è delineata, è perfettamente possibile mantenere una unità di impostazione nell'analisi, anche sotto i profili indicati, dell'attività amministrativa e della sua incidenza su quella privata, in ambedue le ipotesi di cui si discorre.

Infatti, la soppressione del margine di discrezionalità nell'esercizio del potere attribuito all'Amministrazione, importa solo la sua trasformazione da discrezionale in vincolato, senza che ciò nulla muti nei suoi effetti, e nella tipicità dell'atto in cui si traduce.

Che l'esercizio di un medesimo potere in certi casi sia discrezionale, in altri sia vincolato, è un fenomeno ben noto nel campo del diritto amministrativo; e, invero, non pare si sia mai dubitato dell'unicità del potere, per esempio, di rilasciare autorizzazioni di polizia, che pure, in presenza di determinati presupposti, *deve* (in modo vincolato) essere esercitato negativamente, e in presenza di altri presupposti *può* (in modo discrezionale) essere esercitato negativamente (25).

D'altra parte, le considerazioni sopra svolte si armonizzano perfettamente con una valutazione dei motivi per i quali il legislatore ha ammesso, in casi determinati, che il datore di lavoro possa formulare nominativamente la propria richiesta, vincolando l'Amministrazione al rilascio del nulla osta all'assunzione del lavoratore in tal modo indicato.

La legge ammette la possibilità di richiesta nominativa in una serie di casi, nei quali è stato ritenuto di particolare rilevanza l'indicazione del datore di lavoro; e cioè quando

(25) Cfr. art. 11 T.U. P.S., 1° e 2° comma.

l'impresa ha pochi dipendenti, giacchè in essa si stabiliscono rapporti più stretti tra imprenditore e dipendenti; perchè ai lavoratori richiesti devono essere attribuite particolari funzioni di custodia e di sorveglianza, e quindi devono godere la fiducia del datore di lavoro; quando si richiedono lavoratori di concetto, per quelli che hanno particolari specializzazioni e qualificazioni (26), e quindi la scelta è basata su considerazioni eminentemente soggettive, etc. (27).

Se appaiono abbastanza evidenti le esigenze in vista delle quali la legge, nei vari casi indicati, ha ammesso la possibilità di una richiesta nominativa da parte del datore di lavoro, e quindi pare superfluo indugiarsi, si può notare come esse possano essere valutate da due angoli visuali diversi, sviluppando in ambedue i casi un ragionamento che appare accettabile, almeno in via di principio.

Anzitutto, si può ritenere che nei casi in esame la legge abbia inteso tutelare quello specifico interesse del datore di lavoro, in vista del quale questi presenta una richiesta nominativa, e non solo numerica.

Secondo quest'ordine di idee, allora, tale interesse del datore di lavoro verrebbe tutelato, rendendo vincolativa per l'ufficio di collocamento, la designazione da questi fatta: si tratta di un tipico caso, che è compreso in quella forma di tutela dell'interesse di un soggetto, la quale è attuata mediante l'imposizione di un vincolo all'esercizio di un potere altrui; ritorna qui quella nozione di interesse legittimo, definita secondo la teorica qui accolta.

È da ricordare, peraltro, che già abbiamo incontrato

(26) Tali specializzazioni e qualificazioni sono stabilite dalla stessa Amministrazione, mediante decreto ministeriale: cfr. l'art. 14 della già citata legge del 1949, sul collocamento della mano d'opera.

(27) Per il dettaglio delle varie ipotesi, nelle quali è ammessa la richiesta nominativa, v. la disposizione citata nella nota precedente.

un altro vincolo che si ricollega direttamente alla tutela dell'interesse individuale di privati, posto all'esercizio del medesimo potere dell'ufficio di collocamento che si esamina: quel vincolo, cioè, che si traduce nell'obbligo di tener conto della priorità di iscrizione nelle liste, dei lavoratori da avviare all'assunzione; si può osservare, quindi, che i vincoli all'esercizio del potere in parola, sono posti in funzione di tutela di interessi che sono talvolta dei lavoratori, e tal'altra del datore di lavoro; questo rilievo pare costituire un argomento di non trascurabile peso, a favore di una valutazione unitaria delle posizioni giuridiche soggettive che comunque discendono dalla disciplina legislativa dell'esercizio del potere di determinazione di uno degli elementi soggettivi del contratto di lavoro.

Comunque, come si è accennato, la vincolatività per l'ufficio di collocamento della designazione del datore di lavoro, nei casi nei quali è ammessa la richiesta nominativa, può anche essere costruita partendo da un diverso punto di vista: quel punto di vista, cioè, che tiene conto della possibilità che possa essere considerato come un vero e proprio interesse pubblico, quell'interesse che in fondo il datore di lavoro intende perseguire operando la propria scelta, e che può essere definito richiamando il generico termine di produttività.

Può infatti stupire che la legge non menzioni affatto il criterio della maggiore capacità del lavoratore, tra quelli che l'ufficio di collocamento deve seguire nella scelta dei lavoratori da assegnare, nell'ipotesi di richiesta numerica; questa omissione è tutt'altro che casuale, tanto che in dottrina non si è mancato di rilevare che uno degli scopi che la disciplina del collocamento ha inteso perseguire, è proprio

quello di evitare che i lavoratori più capaci possano trovare occupazione a preferenza degli altri (28).

Questo orientamento del legislatore può non apparire illogico, o addirittura assurdo, solo ove si ammetta che, in linea di principio almeno, si è ritenuto l'interesse pubblico ad assicurare ai lavoratori un minimo di tenore di vita, prevalente sull'interesse (eventualmente parimenti pubblico), ad una maggiore produttività delle singole imprese; e non è in questa sede che si può approfondire il problema relativo ai limiti nei quali tali due interessi pubblici possano essere perseguiti disgiuntamente, e anzi in reciproca opposizione.

Se si volesse accogliere questo ordine di idee, i casi nei quali la legge ammette la richiesta nominativa, e che sono poi quelli nei quali al lavoratore devono essere attribuite mansioni di maggiore delicatezza, potrebbero essere valutati nel senso che, in essi, per questa loro peculiarità, il legislatore ha inteso dare rilevanza anche all'interesse connesso con l'efficienza e la produttività del singolo lavoratore, e quindi, in ultima analisi, dell'impresa considerata nel suo complesso.

Ora, nei casi nei quali è ammessa la richiesta nominativa, si deve ritenere che la scelta operata dal datore di lavoro sia, almeno in linea di principio, la migliore possibile, per una serie di motivi di tutta evidenza: la maggiore conoscenza da parte di chi sceglie delle esigenze specifiche della singola impresa, e delle correlative capacità tecniche del lavoratore richiesto, e così via; e la garanzia del buon impiego di questi requisiti è senz'altro fornita dal preminente interesse che l'imprenditore ha, all'efficiente funzionamento dell'impresa.

Stando così le cose, anche quando è ammessa la richie-

(28) Per questa considerazione, v. ARDAU, voce: *Collocamento dei lavoratori e disciplina dell'emigrazione*, in *Nuovissimo digesto italiano*, pag. 498.

sta nominativa, l'indicazione dell'ufficio di collocamento è sempre in funzione del perseguimento di un fine pubblico, e precisamente quello alla produttività: solo, che nei casi in esame il fine pubblico cui l'organo amministrativo mira, è diverso da quello che esso stesso tutela, nei casi nei quali la richiesta deve essere solo numerica; si tratta di un esempio di un fenomeno certo ben noto agli amministrativisti, di una pluralità di fini pubblici, perseguibili eventualmente solo in via alternativa, ma che comunque vengono curati dall'Amministrazione mediante l'esercizio di un unico potere.

Se si volesse delineare nel modo sopra prospettato la ipotesi nella quale il datore di lavoro può rivolgere richiesta nominativa, anche il vincolo alla designazione da questi compiuta, cui non può sottrarsi l'ufficio di collocamento, potrebbe essere valutato in una luce diversa di quella in cui essa appare a prima vista: esso non sarebbe posto in funzione di una (diretta ed esclusiva) tutela dell'interesse del datore di lavoro stesso, ma troverebbe il suo fondamento in una presunzione di congruità della scelta compiuta, alle esigenze anche pubblicisticamente rilevanti di efficienza dell'impresa.

6. Ad ogni modo, comunque si vogliano delineare i due casi nei quali il datore di lavoro presenta richiesta, rispettivamente, numerica oppure nominativa, è evidente che la determinazione di uno dei due elementi del contratto di lavoro è compiuta mediante un atto amministrativo, emanato sulla base e a conclusione di un procedimento amministrativo.

Si è già accennato, sopra, alla circostanza per cui, nell'ipotesi adesso considerata, l'atto amministrativo pone un limite all'autonomia negoziale privata, che non ha carattere generale, ma riguarda un singolo contratto.

Evidentemente, non è il caso di sopravvalutare la por-

tata di questo rilievo: anche quanto l'autonomia negoziale privata è limitata da un atto amministrativo, il limite, di solito, ha carattere generale, nè più nè meno di quello che deriva da un atto legislativo; già nel corso del presente lavoro si vedranno numerosi esempi di ciò, e, comunque, basterebbe il richiamo al fondamentale caso di fissazione dei prezzi da parte del CIP (29), per illustrare il fondamento di questa considerazione.

Peraltro, come si è già detto, l'inquadramento dell'atto dell'ufficio di collocamento, nella categoria degli atti amministrativi che limitano l'autonomia negoziale privata, prova la possibilità che limitazioni del genere riguardino solo un singolo contratto; quando ciò accade, l'incidenza dell'attività amministrativa su quella privata presenta caratteri particolari, che forse è opportuno mettere in luce; le considerazioni sul punto possono essere svolte agevolmente, sulla base dei rilievi sopra compiuti, e le conseguenze che possono essere tratte da questi, varranno a giustificare l'analisi che potrebbe essere considerata troppo minuziosa, della disciplina del collocamento della mano d'opera.

L'aspetto saliente dell'ipotesi nella quale l'atto amministrativo limita l'autonomia negoziale privata in relazione ad un singolo contratto, è rilevabile partendo dall'interferenza stessa che si verifica tra atto dell'Amministrazione, e negozio dei privati.

L'atto amministrativo che conclude il procedimento amministrativo, si inserisce in un altro procedimento: quello di formazione del contratto privato; come si ricorderà, si è sopra accennato alla configurazione come procedimento, del susseguirsi di atti, e specialmente dell'offerta e dell'ac-

(29) Sul quale caso v., *infra*, nel testo, pag. 90 ss.

cettazione, mediante i quali il contratto privato è posto in essere.

Può darsi che l'inserzione dell'atto amministrativo nel procedimento di formazione del contratto privato avvenga quando quest'ultimo sia già avviato; per esempio, nel caso analizzato del collocamento della mano d'opera, è possibile accogliere questa opinione, ove si consideri la richiesta del datore di lavoro non solo come istanza volta a sollecitare l'emanazione da parte dell'ufficio di collocamento, dell'atto amministrativo di designazione della controparte contrattuale, ma anche come l'atto propulsivo del procedimento privato di formazione del contratto. Comunque, anche ove si accogliesse la diversa opinione, e cioè si ritenesse che il procedimento amministrativo si concluda prima dell'inizio di quello privato, ciò porterebbe poca differenza sotto il profilo qui considerato.

In ogni caso, infatti, si avrebbe il fenomeno per cui nella formazione della normativa negoziale (e quindi privata) (30), di un rapporto privato, vengono a concorrere due diversi procedimenti.

L'aspetto saliente di tale fenomeno non è dato dalla semplice individuazione di una connessione tra due procedimenti, giacchè si tratta di ipotesi ben nota in dottrina (31); e neppure dalla circostanza per cui la determinazione di un elemento del contratto, per esempio uno dei due soggetti, è compiuta mediante un procedimento, che seppur funzionalmente legato, è strutturalmente ben distinto da quello di formazione del contratto medesimo: anche qui, infatti, gli esempi già noti di questa ipotesi sono assai nu-

(30) Sul rapporto tra il negozio, e l'ordinamento privato, cfr., *infra*, nel testo, pagg. 151 ss., 183 ss.

(31) Cfr. per tutti: SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, pag. 42 ss. e 81 ss.

merosi; per rimanere nel campo del diritto amministrativo, si potrebbero ricordare i procedimenti di aste pubbliche e di licitazioni private, per la scelta del contraente nei contratti posti in essere dall'Amministrazione, e anche i procedimenti di concorso a pubblico impiego, se, come si sa, la dottrina prevalente non negasse il carattere contrattuale dell'atto che fonda il rapporto corrispondente.

L'aspetto dell'ipotesi che si analizza, che qui preme mettere in luce, è che i due procedimenti che concorrono nel porre in essere la normativa del rapporto privato, provengono da soggetti diversi, e quindi hanno natura e finalità diverse.

Il primo è un procedimento posto in essere da un soggetto pubblico, quale l'Amministrazione, ha quindi natura amministrativa, e mira al perseguimento di finalità ovviamente pubbliche; e di qual genere possano essere queste finalità, pare di averlo esemplificato attraverso la analisi degli scopi, al cui raggiungimento mira l'esercizio del potere attribuito all'ufficio di collocamento.

Il secondo è un procedimento posto in essere da privati, avente quindi natura privata, e per finalità private.

L'uno e l'altro appaiono come svolgimenti delle due diverse autonomie, quella pubblica e quella privata; svolgimenti, i quali ad un certo punto interferiscono, a quel punto, cioè, in cui si incontrano e si equilibrano gli interessi, eventualmente contrastanti, dell'Amministrazione e dei privati, che sono in giuoco volta a volta; quel punto, infine, che si riflette nella normativa del rapporto: nel nostro caso, lo strumento impiegato dal legislatore per assicurare questa rispondenza, è quello della determinazione da parte dell'Amministrazione di un elemento del negozio, ossia l'imposizione del correlativo limite all'autonomia privata.

Comunque, l'ipotesi qui delineata è solo una delle tan-

te, nelle quali si verifica l'incontro delle due autonomie, nel senso che si è detto; per quanto non abbia trovato in dottrina quell'elaborazione che merita, il fenomeno in pratica si presenta con una certa frequenza, la quale pare anche destinata ad aumentare; e ciò, almeno nei limiti in cui si moltiplicheranno i casi, nei quali si avrà un « controllo » statale in genere, e amministrativo in particolare, su attività il cui svolgimento venga, peraltro, lasciato fundamentalmente all'iniziativa privata.

7. Ci si è soffermati a lungo sulla disciplina del collocamento della mano d'opera, non solo per la sua grande importanza pratica, ma anche per la sua significatività, in ordine ai problemi trattati nel corso del presente lavoro: la sua analisi, infatti, ci ha permesso di lumeggiare alcuni aspetti generali, dell'ipotesi nella quale qualche elemento del contratto privato sia determinato dall'Amministrazione, oltre ai profili specifici del caso in cui una limitazione del genere, dell'autonomia negoziale privata riguardi un singolo contratto.

A conclusione di questa parte del presente studio, dedicata alle interferenze dell'Amministrazione, sulla determinazione di un elemento soggettivo di un contratto privato, si accennerà in modo quanto mai sintetico ad altri casi del genere, anzitutto per portare più di un esempio al riguardo, e poi anche perchè in essi l'interferenza dell'Amministrazione si svolge secondo schemi diversi da quello analizzato nel collocamento della mano d'opera, e il cui richiamo gioverà pertanto a dare maggiore larghezza di prospettiva all'indagine.

Paiono di grande interesse i casi nei quali l'Amministrazione ha un potere di intervenire nella determinazione di un elemento soggettivo di contratti stipulati da soggetti

che esercitano attività di pubblico interesse, imponendo loro l'obbligo di osservare determinate priorità di fornitura, a favore di altri soggetti pure esplicanti attività di rilevanza pubblicistica.

In questa ipotesi, si può anzitutto ricordare l'obbligo imposto ai concessionari di giacimenti di gas naturali, di cedere il gas estratto, con assoluta preferenza, alle persone e agli enti che ne facciano richiesta, per destinarlo come carburante nei pubblici servizi di trasporto su strade e su rotaie: nel caso in cui vi sia una concorrenza di richieste del genere, e non tutte appaiano interamente accoglibili, ecco che si ha l'intervento dell'Amministrazione, la quale, decidendo sull'ordine di precedenza, determina in definitiva il soggetto del contratto di fornitura che sarà stipulato dal concessionario (32).

E ancora: il titolare di un deposito o di un impianto di distribuzione automatica di carburante, ha l'obbligo di consentire la priorità di fornitura a servizi pubblici, che potranno essere indicati dall'Amministrazione, in caso di necessità (33). A proposito di questa norma, comunque, è da notare che essa era contenuta in un testo di legge, che sottoponeva a regime di concessione la gestione di tali impianti; peraltro, come è noto, l'impianto e l'esercizio di

(32) R.D.L. 25 luglio 1936, n. 1690, art. 1; questa disposizione attribuiva il potere di decisione al Ministro delle corporazioni, d'intesa col Ministro delle comunicazioni; è ovvio che, ove si risolvesse positivamente la questione relativa alla permanenza in vigore della norma citata (questione su cui v. nel testo), vi è sempre l'altra questione, relativa a quale dei Ministeri attualmente esistenti, spettasse il suddetto potere, originariamente attribuito ad un Ministero oggi soppresso.

(33) R.D.L. 2 novembre 1933, n. 1741, conv. nella l. 8 febbraio 1934, n. 367, art. 12, lett. *d*; anche qui, il potere di cui si discorre era attribuito originariamente al Ministro delle corporazioni; v., sulla conseguente questione, la nota che precede.

apparecchi di distribuzione automatica di carburante, collegati ad un serbatoio la cui capacità non sia superiore a dieci mc., attualmente non è più sottoposto a regime di concessione, ma semplicemente a quello di autorizzazione (34); si può discutere in quali limiti questo cambiamento di regime abbia modificato la disciplina degli obblighi comunque gravanti sul gestore, ma probabilmente, per quel che qui interessa, nulla è innovato, almeno in diretta dipendenza di tale cambiamento (35).

D'altra parte, una questione di permanenza in vigore della norma richiamata, ben maggiormente fondata, potrebbe farsi anche sotto un diverso profilo, che del resto sarebbe comune anche all'altra disposizione cui si è sopra accennato, riguardante i concessionari di giacimenti di gas naturali: si potrebbe osservare, cioè, che queste norme appaiono legate ad un particolare momento storico, valutabile sia dal punto di vista economico che da quello politico, momento in relazione al quale esse sono state emanate; d'altra parte, le loro connessioni col non più vigente sistema corporativo sono già state messe in evidenza dalla dottrina (36); per tali motivi, si può ragionevolmente dubitare della loro attuale vigenza.

La soluzione di questa questione si ricollega ad una complessa e delicata problematica, che però può essere qui

(34) L. 23 febbraio 1950, n. 170, art. 1.

(35) Cfr., in materia: SANDULLI, *Considerazioni sul servizio di distribuzione automatica di carburanti*, in *Giust. civ.*, 1958, 1172 ss.; sul punto relativo ai rapporti tra autorizzazione all'installazione dell'impianto, e relativa concessione di suolo pubblico, v.: BERTI, *Autorizzazione ad installazione di distributori di carburante e concessione di suolo pubblico*, in *Foro pad.*, 1958, I, 879.

(36) Cfr. per esempio, per quel che riguarda la disposizione in materia di distributori automatici di carburante, le considerazioni di SANDULLI, nello scritto ult. cit., a pag. 1172 e di PISCIONE, nella nota (*ivi* richiamata): *Sulla disciplina dei distributori di carburante*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1951, III quadr., pag. 1253.

tralasciata: infatti, in questa sede interessano soprattutto gli aspetti che attengono alla tipologia dei singoli casi di interferenza degli atti amministrativi, sull'attività negoziale privata, tipologia che può essere precisata, almeno entro certi limiti, prescindendo dalla effettiva permanenza in vigore delle disposizioni considerate.

Ad ogni modo, occorre accennare ad un'ultima osservazione, relativa ai due casi sopra richiamati: essi, in tanto possono essere ricompresi nell'ipotesi di interferenza di atti amministrativi su contratti privati che viene qui analizzata, in quanto si ritenga che gli obblighi gravanti sull'esercente l'attività prevista dalla norma, riguardo la determinazione della controparte contrattuale, non trovino il loro fondamento nel rapporto di concessione, o di autorizzazione, con cui egli si trova rispetto all'Amministrazione; infatti, si è già accennato (37) alla distinzione tra i poteri di interferenza sull'attività negoziale privata, che spettano all'Amministrazione in base alla legge, e quelli che viceversa trovano il loro fondamento su uno speciale rapporto di supremazia, e si è ristretta al primo caso l'ipotesi qui studiata.

Si potrebbe negare il fondamento nel rapporto di concessione o di autorizzazione, dei poteri sopra richiamati di fissazione di certe priorità di fornitura, solo ove si ritenesse che questi gravino sui destinatari della concessione o della autorizzazione, discendendo direttamente dalla legge.

Una soluzione del genere appare più probabile, o, in ogni caso, meno chiaramente contrastata dalla lettera della legge, nel caso del concessionario di giacimenti di gas naturali; più difficilmente accoglibile, invece, nel caso del gestore di impianti di distribuzione automatica di carbu-

(37) Cfr., *supra*, pag. 25 ss.

ranti, almeno sotto l'impero della legge del 1933, che esplicitamente richiamava l'obbligazione del concessionario di cui si discorre, a proposito del contenuto dell'atto di concessione: può darsi, però, che col mutamento di regime introdotto dalla legge del 1950, l'obbligo in parola, se debba essere ritenuto, comunque, sempre in vigore, discenda ormai dalla legge, e non dall'atto di autorizzazione, che ha sostituito la scomparsa concessione; altrimenti, si può notare che ci si trova in presenza di un tipico caso di autorizzazione, che è costitutiva di rapporti tra l'Amministrazione e l'autorizzato, secondo i lineamenti che alla nozione corrispondente ha attribuito la recente dottrina (38).

Ad ogni modo, pare opportuno non affrontare in questa sede troppe questioni relative alla ricostruzione della disciplina dei singoli casi che vengono qui richiamati, essendo sufficiente aver indicato la loro possibile connessione con l'ipotesi che si analizza, conseguentemente all'accoglimento di una delle soluzioni di tali questioni stesse, che sono prospettabili.

8. A conclusione delle considerazioni relative alle incidenze derivanti da atti amministrativi, sulla determinazione di un elemento soggettivo di contratti tra privati, è opportuno notare che, talvolta, tale determinazione è compiuta in modo indiretto: vi sono dei casi, cioè, nei quali un atto amministrativo, pur non essendo direttamente rivolto a determinare un elemento di un contratto privato, ma avendo una diversa funzione immediata, giunge, in ultima analisi, a conseguire indirettamente tale effetto, eventualmente

(38) Cfr. il già citato scritto di FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, specialmente pag. 67 ss.

attraverso una delimitazione di una cerchia di soggetti, ai quali sia riservata esclusivamente la possibilità di porre in essere dati contratti.

Casi del genere sembra debbano essere rinvenuti negli atti di iscrizione di liberi professionisti negli appositi albi professionali, e ciò quando la tenuta di tali albi avvenga ad opera di ordini professionali, che abbiano il carattere di ente pubblico, e che quindi vi provvedano con atti che hanno natura amministrativa; inoltre, perchè ricorra il caso accennato, è necessario il concorso di un ulteriore requisito, ossia che la prestazione professionale possa essere compiuta esclusivamente da parte degli iscritti all'albo (39).

Come è noto, si discute molto in dottrina sulla natura giuridica dell'atto amministrativo in parola: le figure che vengono richiamate al riguardo vanno dall'atto di accertamento della sussistenza nel professionista dei requisiti voluti dalla legge (Santi Romano) (40), all'atto di autorizzazione all'esercizio della professione (Vitta), all'atto di ammissione del soggetto nell'organizzazione professionale (Zanobini, e anche Jaccarino, per quanto diversamente per qualche aspetto) (41) (42).

(39) Cfr. in genere, per la legislazione su tale materia: LEGA, *La libera professione*, 2^a ed., Milano 1952, pag. 45 ss.; PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, Milano 1959, pag. 15 ss., 23 ss.

(40) Cfr., per un tentativo di inquadramento storico di questa opinione, PISCIONE, *Ordini e collegi*, cit., pag. 49.

(41) Quest'ultima sembra la tesi che ha trovato in giurisprudenza il maggiore favore; v., infatti, in tal senso, tra le altre sentenze: Cass. 6 ottobre 1954, n. 3350, in *Giust. civ.*, 1954, 2251; Cass., Sez. un., 8 marzo 1955, n. 690, in *Mass. Foro it.*, 1955, 142; cfr. anche: COLETTI, *Sul diritto del professionista ad essere retribuito per prestazione effettuata dopo la cancellazione dall'albo professionale di poi annullata*, in *Foro it.*, 1956, I, 1096.

(42) Per una esposizione ed una valutazione critica delle varie teorie sostenute sull'argomento, v.: GIGLIO, *Natura giuridica dell'iscrizione negli albi professionali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, I, 342 ss.; LEGA, *La libera professione*,

In ogni caso, pare indubbio che gli effetti che conseguono alla iscrizione negli albi professionali siano piuttosto complessi, e probabilmente neppure unitariamente valutabili; ad ogni modo, pare che il loro aspetto di maggiore rilevanza, sia precisabile in relazione all'entrata del soggetto iscritto nell'organizzazione professionale. È appena il caso di osservare che con tale considerazione non si vuole prendere posizione nei confronti del problema concernente la natura dell'atto di iscrizione: infatti, l'individuazione di un effetto derivante da un atto, non è di per sé decisamente significativa, per quel che riguarda la natura dell'atto stesso, potendo talvolta la legge far discendere un effetto che è tipico di un determinato atto, da altro atto avente diverso carattere; così, nel caso in esame, per quanto l'effetto dell'ingresso del soggetto nell'organizzazione professionale richiami subito la nozione di atto di ammissione, può darsi benissimo che tale effetto discenda *ex lege*, trovando solo il suo presupposto nell'emanazione di un atto avente diversa natura, per esempio quella di accertamento del possesso di determinati requisiti tecnici.

Seguendo questo ordine di idee, l'appartenenza di un soggetto ad un ordine professionale deve essere valutata in un quadro di larghe prospettive, giacchè pare indubbio che l'ordine stesso, anche per le sue evidenti origini corporativistiche, abbia una rilevanza ben più ampia di quella di

cit., pag. 71 ss.; PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, cit., pag. 48 ss. È da notare che non sempre le esposizioni delle varie teorie coincidono: v., per esempio, la diversa opinione attribuita allo ZANOBINI, nei due scritti citati di GIGLIO e di LEGA; la posizione di tale autore indicata nel testo, è quella che risulta dall'ultima edizione (8^a ed., Milano 1958), del suo già citato *Corso di diritto amministrativo* (vol. I, pag. 260). D'altra parte, mentre LEGA e GIGLIO accolgono, dal canto loro, la tesi dell'accertamento costitutivo, nel più recente studio di PISCIONE viene preferita la teoria dell'ammissione: cfr. *opp. locc. ultt. citt.*

una semplice organizzazione che abbia il fine di elencare gli individui che possano esercitare una data attività professionale (43).

Delineando l'ordine professionale come un ordinamento giuridico, gli effetti derivanti dall'appartenenza ad esso di un soggetto possono essere precisati, richiamando l'elaborazione dottrinale che ha subito la nozione di *status*, e in particolare quella corrente, secondo la quale tale nozione rifletterebbe la posizione giuridica che è attribuita ad un soggetto nell'ambito di un dato ordinamento o, se si vuole usare un termine meno tecnico, gruppo sociale (44). Del resto, non è nuova (45) l'osservazione, secondo la quale le posizioni del professionista iscritto all'albo dovrebbe essere, appunto, così definita (46).

Ad ogni modo, in qualunque modo si voglia delineare tale posizione, è indiscutibile che essa manifesti un proprio riflesso anche in relazione alla possibilità per il professionista di stipulare contratti di prestazione d'opera professionale; e anzi, tale possibilità è valutabile non solo dal punto di vista di tale soggetto, ma anche da quello dei terzi, che entrano con esso in rapporto: infatti, la legge prevede esplicitamente la non azionabilità del diritto a compenso del professionista non iscritto all'albo (47), e la dottrina inter-

(43) Cfr. in PISCIONE (*Ordini e collegi professionali*, cit.), una accurata analisi delle funzioni normative (pag. 79 ss.), amministrative (pag. 109 ss.) e contenziose (pag. 127), attribuite agli ordini e ai collegi professionali.

(44) Per una esposizione dello stato della dottrina sul concetto di *status*, e, in particolare, per l'indicazione della tendenza richiamata nel testo, v. il già citato nostro studio (*La pregiudizialità nel processo amministrativo*), pag. 433 ss.

(45) Cfr., infatti, già: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65.

(46) Cfr.: PISCIONE, *Ordini e collegi*, cit., pag. 52 ss.

(47) Art. 2231 cod. civ.

preta la disposizione nell'ampio senso, secondo cui il contratto stipulato dal professionista non iscritto sarebbe da ritenersi radicalmente nullo (48).

Perciò, qualunque siano i caratteri che si vogliano attribuire all'atto di iscrizione negli albi professionali, e ai suoi effetti, esso comunque incide, sia pure indirettamente, nella determinazione di un elemento soggettivo dei corrispondenti contratti di prestazione d'opera professionale, delimitando la cerchia dei soggetti a ciò abilitati.

Detto questo, appare sufficientemente messo in chiaro il collegamento esistente tra il caso che si esamina, e l'ipotesi che è oggetto del presente studio; peraltro, per quanto ogni ulteriore approfondimento del tema sembri trovare altrove la sua sede più opportuna, non si può non notare come sia tutt'altro che sicuro lo schema giuridico attraverso il quale il professionista non iscritto all'albo, non sia abilitato a stipulare contratto di prestazione d'opera professionale, nei casi nei quali la legge consideri tale iscrizione requisito indispensabile a tale fine.

Infatti, finora il ragionamento è stato condotto sul presupposto che l'atto di iscrizione giuocasse, sia pure indirettamente, sulla stessa capacità di stipulare il contratto in parola; senonchè, la fondatezza di tale presupposto può anche essere messa in dubbio, se si consideri, crediamo più realisticamente, che la legge abbia avuto di mira non tanto di

(48) Cfr. in questo senso, tra gli altri: MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano 1948, pag. 270; MELFI, *Sulla nullità del contratto d'opera per difetto del titolo professionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, pag. 259 ss.; DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, in *Giust. civ.*, 1953, pag. 179 ss. In giurisprudenza, v., da ultimo: Cass. 5 giugno 1959, n. 1686, in *Foro amm.*, 1959, II, 1, 297.

dettare una certa incapacità contrattuale, quanto di disporre una incapacità a porre in essere l'attività, che nel contratto è dedotta come prestazione; una considerazione del genere, del resto, si armonizzerebbe perfettamente con quella teoria, sopra richiamata, secondo la quale l'iscrizione si tradurrebbe in un accertamento dei requisiti tecnici del soggetto, requisiti i quali, ovviamente, non possono non riguardare la sua capacità di prestazione dell'opera professionale.

Peraltro, anche ove si accogliesse questa tesi, poco cambierebbe sotto il profilo che qui interessa: infatti, nel caso in esame ci si troverebbe pur sempre in presenza di un atto amministrativo che interferisce sull'attività negoziale privata, determinando uno degli elementi contrattuali; se nonchè, tale interferenza non andrebbe inquadrata tra quelle che incidono su un elemento soggettivo, bensì tra quelle che riguardano un elemento obiettivo, quale la prestazione dedotta contrattualmente come obbligazione, e delle quali si dirà in seguito (49).

Infine, si può anche osservare l'esistenza di notevoli implicazioni nel nostro caso, tra incapacità di prestare l'obbligazione contrattuale, e incapacità stessa di contrarre: infatti, come è ben noto, la dottrina del diritto del lavoro insiste molto sulla c.d. personalità della prestazione del lavoratore; e una delle conseguenze che paiono derivare da tale carattere, sembra proprio quella per cui la impossibilità di prestare si traduce in una impossibilità di contrarre.

(49) Cfr., *infra*, pag. 129 ss.